



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

El cártel de camiones y las restricciones a la competencia.

Isabel Álvarez García.

Tutor: Julio García Camiñas.

**Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas**

Año 2018

Índice

<u>Índice de abreviaturas</u>	3
<u>Supuesto de hecho</u>	4
<u>BLOQUE I. Análisis de cuestiones de Derecho de la Competencia</u>	7
I. 1.- Introducción	7
I. 2.- Análisis de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes y distribuidores..	7
I.2.1. Antecedentes de hecho	7
I.2.2. Marco legal.....	8
I.2.2.a. Sobre las prácticas colusorias	10
I.2.2.b. Sobre las infracciones y sanciones	14
I.2.3. Aplicación al caso concreto.....	16
I. 3.- Derecho a la reclamación de indemnización y vías para su ejecución.....	18
I.3.1. Antecedentes de hecho	18
I.3.2. Marco legal.....	18
I.3.2.a. Los orígenes de la aplicación privada del Derecho <i>Antitrust</i>	18
I.3.2.b. Aplicación privada del Derecho de la Competencia en España antes de la Directiva 2014/104/UE	20
I.3.2.c. Régimen actual de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España	21
I.3.2.d. Modalidades de acción: <i>stand-alone actions</i> o acciones independientes y <i>follow-on actions</i> o acciones de seguimiento	23
I.3.3. Aplicación al caso concreto.....	24

<u>BLOQUE II. Análisis de la responsabilidad del administrador</u>	25
II.1.- Introducción	25
II.2.- Análisis de la responsabilidad de los administradores.	25
II.2.1. Antecedentes de hecho	25
II.2.2. Marco legal	26
II.2.2.a. Los deberes y la responsabilidad civil de los administradores	26
II.2.2.b. Responsabilidad penal. El delito de falseamiento de cuentas y apropiación indebida	29
II.2.3. Aplicación al caso concreto	35
 <u>BLOQUE III. Análisis de los contratos de <i>Lease-back</i></u>	 36
III.1.- Introducción	36
III.2.- Análisis del régimen jurídico de los contratos de <i>lease-back</i>	36
III.2.1. Antecedentes de hecho	36
III.2.2. Marco legal	37
III.2.2.a. Concepto de <i>lease-back</i> y características	37
III.2.2.b. La nulidad del <i>lease-back</i> y la aplicación de la Ley de la Usura	38
III.2.2.c. Acciones legales de SEUDBANK, SA	41
III.2.2.d. Órganos jurisdiccionales	42
III.2.3. Aplicación al caso concreto	42
 <u>BLOQUE IV. CONCLUSIONES</u>	 44
 <u>BIBLIOGRAFIA</u>	 46

Índice de abreviaturas

Aptado.	Apartado
Art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CP	Código Penal
DA	Disposición adicional
FJ	Fundamento Jurídico
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Supuesto de hecho

Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. son administradores de tres importantes compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte – a saber MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente –. Sus principales productos son los camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados. Las compañías administradas ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones y tienen todas ellas, domicilio social en territorio español.

Desde el año 1990, y con frecuencia de varias veces al año, los tres vicepresidentes se reúnen en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid) con el pretexto de pasar un fin de semana de golf en uno de los mejores campos de España, pues los tres son grandes aficionados al mismo y su puesto de trabajo les exige encontrar alguna vía de escape.

Si bien esas reuniones se limitaban única y exclusivamente al ocio, allá por el año 1997 la orientación de las mismas comenzó a cambiar. Durante al menos 6 horas las puertas de la sala de reuniones del hotel donde se venían hospedando desde que empezaron a visitar La Herrería permanecían cerradas en una reunión, donde, además de los tres administradores citados, participaban otros administradores de empresas componentes de los distintos grupos empresariales.

Dichas reuniones se empezaron a celebrar con motivo de la inestabilidad y la dificultad a la hora de mantener las ventas en un mercado con tanta competencia y en el que la mayoría de los compradores eran otras empresas, cuyas decisiones de inversión eran sumamente reactivas a vaivenes en el ciclo económico.

Así, todos los administradores se reunían con un objetivo común: fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras.

Durante las reuniones, la dinámica era la siguiente. En cada una de las reuniones los distintos fabricantes ponían a disposición de los demás un configurador que permitía al resto conocer, de manera detallada, cuál sería el precio bruto de los distintos modelos de camión con cada una de las distintas opciones de extras. Con esa información, los diferentes fabricantes decidían, en ese mismo momento, cuál sería el incremento de esos precios para los meses siguientes.

Además, los pactos no solamente se realizaban entre grupos, sino que también existían acuerdos entre los propios fabricantes y sus empresas distribuidoras. Estas últimas, al aceptar los precios brutos fijados veían limitada su capacidad para competir con los otros distribuidores de las otras marcas. Así, como compensación por dicha restricción, los fabricantes pactan con sus distribuidores una remuneración variable anual, consistente en un porcentaje sobre el total de ventas. De esta forma, los distribuidores accedían a mantener los precios fijados por el fabricante – sin poder llevar a cabo descuentos u ofertas – obteniendo una remuneración por ello.

Por su parte, Fernando S. – director de FIAT Chrysler España – tras haber dedicado más de 20 años de su carrera profesional a la citada compañía y no haber visto suficientemente recompensado dicho esfuerzo, en el año 2014 procede a realizar la siguiente operación: como administrador de la sociedad encargado de su contabilidad procede a dar de baja de la contabilidad de la empresa un elemento de inmovilizado material registrado en la cuenta 220 (“Inversiones en terrenos”) cuyo valor en contabilidad era de 4.000.000 euros. Dicho importe decide llevarlo a la cuenta 672 (“Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias”). El balance de situación de la empresa, junto con los demás documentos que conforman la información contable fueron debidamente aprobados por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

Por su parte, el terreno al cual hacía referencia dicho asiento contable – consistente en 5 hectáreas en una zona en auge para la promoción inmobiliaria – pasa a formar parte de la contabilidad de la empresa PROINMNOR, SA, dedicada a la promoción inmobiliaria de edificios de oficinas y participada a partes iguales por Fernando S. y su mujer Margarita A.

Por otro lado, TRANSLOGIC SA, empresa dedicada al transporte de mercancías en el norte de España, durante los años referidos ha adquirido camiones de más de 6 toneladas bajo una política de renovación de flota de 5 camiones cada 6 años (estando la flota total constituida por 25 camiones).

En 2015, se produce un cambio de dirección en la empresa derivado de los malos resultados obtenidos en los últimos ejercicios, que supusieron la obtención de pérdidas. Así, Cayetana D., asume el control de la compañía. Al entrar en el cargo, comienza a revisar los distintos contratos de leasing firmados con dos distribuidores, uno de Volvo y uno de IVECO, de quienes adquirirían las cabezas tractoras necesarias para desarrollar la actividad. Tras un exhaustivo análisis concluye que entre los contratos firmados en 1997, 2003 y 2009 con ambos distribuidores no existe casi diferencia entre los precios entre ambos distribuidores para el mismo tipo de cabezas tractoras; si bien, entre los contratos firmados en 1993 y 2014 sí existe una notable diferencia.

Por otro lado, ante la complicada situación de la empresa, la nueva dirección encabezada por Cayetana, decide celebrar un contrato de lease-back con SEUDBANK SA, una empresa de arrendamiento financiera inscrita como tal en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y, en cuyo objeto social, figura la celebración de contratos de leasing.

Para ello, el 1 de septiembre de 2015, celebran dos contratos. En virtud del primero de ellos, TRANSLOGIC SA, vende a SEUDBANK SA una nave industrial situada en A Coruña, utilizada hasta dicho momento para la actividad económica que la empresa venía desarrollando. La cantidad obtenida por TRANSLOGIC por la compraventa se dedica al pago de deudas pendientes.

El segundo de ellos, consiste en un arrendamiento financiero con opción de compra con una duración de 120 meses. Además, cuenta con una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas que permite a la entidad financiera exigir el importe de todos los recibos impagados vencidos y por vencer.

Durante los primeros meses, TRANSLOGIC paga en tiempo y forma las cuotas establecidas. Sin embargo, tras hacer efectivas las 15 primeras cuotas, deja de cumplir su obligación. Ante esta situación, SEUDBANK SA instó procedimiento ejecutivo sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017 pero no consta que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

Por su parte, pasado un tiempo y habiéndose recuperado de su mala racha, TRANSLOGIC se plantea emprender acciones legales contra SEUDBANK para declarar el contrato de arrendamiento financiero nulo por aplicación de la ley de usura ya que solo fue aceptado por lo angustioso de la situación y entre sus cláusulas se encontraba un interés de demora del 2% mensual.

CUESTIONES:

1. Desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, ¿conllevarían las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes algún tipo de limitación a la libre competencia? ¿Y los acuerdos entre fabricantes y distribuidores?
2. Teniendo en cuenta que la conclusión a la que llega Cayetana es cierta, ¿tendría derecho a reclamar algún tipo de indemnización?
3. ¿Qué vías o cauces podría utilizar Cayetana para llevar a cabo la misma?
4. Califique y analice los efectos jurídicos que se desprenden de la conducta llevada a cabo por Fernando S. respecto de la contabilidad de la empresa.
5. ¿Ante qué órgano jurisdiccional plantearía Translogic la demanda? ¿Considera que es nulo el contrato de leasing? ¿Qué podría hacer Seudbank si efectivamente Translogic lleva a cabo acciones legales?

BLOQUE I. Análisis de cuestiones de Derecho de la Competencia

I.1.- Introducción.

En España rige el sistema de economía de mercado basado en la libre competencia; implica, en primer lugar, el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas empresas dedicadas a una actividad determinada; y, en segundo lugar, la libre competencia exige que todos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar a la clientela por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen.¹

En consecuencia, es necesario que tanto la oferta como la demanda estén reguladas. Los empresarios buscan mantener su competitividad en el mercado y para ello deben ofrecer productos acorde a las necesidades existentes en cada momento, ganando ventaja competitiva ya sea a través de precios más bajos o nuevos productos.

El problema surge cuando las propias empresas no respetan la libre competencia. Un caso concreto, y que será objeto de análisis, son los cárteles. En este sentido, las empresas buscan aumentar beneficios bien pactando precios, bien limitando la producción de manera coordinada. Un acuerdo de precios de este tipo supone un sacrificio para la sociedad en la medida en que se deben destinar más recursos de los teóricamente exigidos para la adquisición de un bien.²

I.2.- Análisis de las prácticas llevadas a cabo por los fabricantes y distribuidores.

I.2.1. Antecedentes de hecho.

Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. son administradores de tres importantes compañías dedicadas al diseño, fabricación y venta de elementos de transporte – a saber MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente –. Sus principales productos son los camiones rígidos y las cabezas tractoras consideradas como camiones medianos o pesados. Las compañías administradas ostentan, en conjunto, una cuota cercana al 80% del mercado europeo de camiones y tienen todas ellas domicilio social en territorio español.

¹ BERCOVITZ RGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 328.

² ORTIZ BLANCO, L., MÁILLO GLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A.: *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, 2008, p.34.

Desde el año 1990, y con frecuencia de varias veces al año, los tres vicepresidentes se reúnen en el Campo de Golf de La Herrería (Madrid) con el pretexto de pasar un fin de semana de golf en uno de los mejores campos de España.

En el año 1997 la orientación de las reuniones comenzó a cambiar. Durante al menos 6 horas las puertas de la sala de reuniones del hotel donde se hospedaban permanecían cerradas en una reunión, donde, además de los tres administradores, participaban otros administradores de empresas componentes de los distintos grupos empresariales. El motivo era la inestabilidad y la dificultad a la hora de mantener las ventas en un mercado con tanta competencia y en el que la mayoría de los compradores eran otras empresas. Así, todos los administradores se reunían con un objetivo común: fijar los precios brutos de los camiones con sus diferentes configuraciones y versiones y determinar las condiciones respecto de las empresas distribuidoras.

En cada una de las reuniones los distintos fabricantes ponían a disposición de los demás un configurador que permitía al resto conocer cuál sería el precio bruto de los distintos modelos de camión con cada una de las distintas opciones de extras. Con esa información, los diferentes fabricantes decidían, en ese mismo momento, cuál sería el incremento de esos precios para los meses siguientes.

Además, también existían acuerdos entre los propios fabricantes y sus empresas distribuidoras. Estas últimas, al aceptar los precios brutos fijados veían limitada su capacidad para competir con los otros distribuidores de las otras marcas. Así, como compensación por dicha restricción, los fabricantes pactan con sus distribuidores una remuneración variable anual, consistente en un porcentaje sobre el total de ventas. De esta forma, los distribuidores accedían a mantener los precios fijados por el fabricante obteniendo una remuneración por ello.

I.2.2. Marco legal.

A la luz de los antecedentes de hecho, queda clara la actuación por parte de los tres administradores de las respectivas empresas así como de sus distribuidores. Las reuniones organizadas, fijándose no solo precios sino también condiciones, así como los acuerdos celebrados entre fabricantes y distribuidores, son calificables como conductas contrarias al Derecho de la Competencia.

Una primera aproximación a esta rama del derecho, nos lleva a la primera ley en la que se regula la libertad de competencia en España; la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia³. Posteriormente y, al albor de diversas circunstancias socioeconómicas, se produce un cambio legislativo con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia⁴ que, finalmente, fue derogada y sustituida por la **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia⁵, en adelante LDC**, vigente en la actualidad⁶.

³ BOE núm. 175, de 23 de julio de 1963

⁴ BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989

⁵ BOE núm. 159, de 04/07/2007

⁶ SOTO ALONSO, R. "Derecho de la Competencia", en AA VV, *Lecciones de Derecho mercantil* (MENENDEZ, A. y ROJO, A. Dir) Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp.303-304.

Isabel Álvarez García

Conviene destacar el hecho de que la propia ley mencionada con anterioridad, precisamente comienza su articulado con la prohibición de la conducta del caso que nos atañe: las prácticas colusorias.

No obstante, es preciso comenzar partiendo del **reconocimiento constitucional del principio de la libre competencia** en el artículo 38 de la Constitución Española, en adelante CE, la cual reconoce “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*”.

Un análisis pormenorizado del citado precepto nos lleva a la doctrina del Tribunal Constitucional, el cual reconoce en su sentencia de 16 de abril de 2012 en alusión a la sentencia de 11 de noviembre de 1986 que “*el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta —artículo 38, inciso segundo— por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en **evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar** seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es **la concurrencia entre empresas**, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste*”⁷.

Para los ciudadanos este reconocimiento constitucional tiene una serie de consecuencias como son: la libertad para crear empresas, organizarlas y dirigir las como les parezca oportuno; y también para transmitir las o extinguirlas. No obstante, no tienen libertad para restringir la libre competencia dado que esta actuación es contraria a la economía de mercado.⁸

Asimismo, la libertad de empresa únicamente podrá ser regulada por medio de ley formal, tal y como se reconoce en el art. 53.1 CE.⁹ Por ende, la intervención pública, cuyo derecho a intervenir en este ámbito queda reconocido en el art. 128.2 CE¹⁰, debe respetar el principio de libre competencia como un principio esencial de nuestra economía de mercado.

En otro orden de cosas, además de nuestra legislación interna, el **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, en adelante TFUE, regula la **política de competencia en el mercado interior** en sus artículos 101 a 109, que prohíben los acuerdos entre empresas que sean contrarios a la libre competencia. El propio Parlamento Europeo busca como objetivo una competencia efectiva; condición para la realización de un mercado interior libre y dinámico, contribuyendo así al bienestar económico general.¹¹

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 88/1986 de 1 julio. [RTC 1986\88]

⁸ BERCOVITZ RGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 331.

⁹ Art. 53.1 CE: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)*”

¹⁰ Art 128.2 CE: “*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. (...)*”

¹¹ HONNEFELDER, S; SILVESTRI, S; “La política de competencia” en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, 02/2018.

I.2.2.a. Sobre las prácticas colusorias.

Antes de entrar en los presupuestos de hecho de las prácticas colusorias, conviene hacer un alto en el camino para analizar la **condición de agente económico**; aquellas personas que quedan subsumidas en las normas de defensa de la competencia. En este sentido, lo verdaderamente relevante no es tanto su naturaleza jurídica sino el efecto de su actuación en el mercado en el que inciden.

Así lo establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, en su sentencia de 12 de julio de 2012¹², de tal suerte que *“de la jurisprudencia se desprende que, a los efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una **empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica**, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado.”*

También nuestra LDC recoge en la disposición adicional cuarta, apartado primero, que *“se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*, en clara sintonía con la legislación comunitaria.

Queda esclarecido, por tanto, que es esencial que se trate de un agente económico cuya actuación, independientemente de su naturaleza jurídica, altere la libre la competencia en el mercado.

Continuando con la tipificación del supuesto, en **España rigen de forma simultánea dos regulaciones protectoras de la libre competencia**, de entre las cuales se hace necesario acudir en este caso tanto al art. 101.1 TFUE como al art. 1.1 LDC, prácticamente iguales. En este sentido, una cuestión a resolver es la **relación existente entre el Derecho de defensa de la competencia de la UE y el nacional**.

El art. 101.1. TFUE recoge que *“Serán **incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos** todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan **afectar al comercio entre los Estados miembros** y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...).”*; mientras que el art. 1.1 LDC establece que *“Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia **en todo o parte del mercado nacional** y, en particular, los que consistan en: la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (...).”*

En el primer caso, la prohibición del art. 101.1 TFUE se aplica a aquellas prácticas *“que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”*. El problema es que verdaderamente **cuando una práctica afecta al mercado común, está**

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 julio 2012. [TJCE 2012\186].

afectando también al mercado de los Estados miembros, por ende, en nuestro caso afecta al mercado español.

En este sentido las “Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado”¹³ establecen en su párrafo 65 que *“El efecto sobre el comercio que producen los cárteles transfronterizos también suele ser apreciable, por su propia naturaleza, debido a la posición de mercado de las partes del cártel. Normalmente los cárteles sólo se forman cuando las empresas participantes poseen conjuntamente una amplia cuota de mercado, puesto que esto les permite subir el precio o reducir la producción.”* Asimismo, continúan afirmando en su párrafo 72 en referencia a los acuerdos verticales que *“Los acuerdos entre proveedores y distribuidores sobre la imposición de precios de reventa y que abarcan dos o más Estados miembros también pueden afectar en principio por su propia naturaleza al comercio entre Estados miembros. Dichos acuerdos alteran los niveles de precios que habrían existido a falta de los acuerdos y por ello afectarán probablemente a las corrientes comerciales.”*

Continuando con los **acuerdos verticales**, las “Directrices relativas a las restricciones verticales”¹⁴ establecen que *“Los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1”*. El problema surge cuando dichos **acuerdos implican por parte del distribuidor el mantenimiento de un precio mínimo**, como ocurre en este caso al aceptar el precio bruto establecido por los fabricantes de camiones sin capacidad para competir con otros distribuidores de otras marcas. Este tipo de restricciones las Directrices mencionadas las consideran como **especialmente graves**. Es más, afirman que *“La inclusión del MPR (mantenimiento del precio de reventa) en un acuerdo da lugar a la presunción de que el acuerdo restringe la competencia y entra por tanto en el ámbito del artículo 101, apartado 1”*. Señalan también el hecho de que al aceptar ese precio mínimo, los distribuidores no pueden bajar el precio de venta de esa marca y por lo tanto *“el efecto directo del MPR es un incremento de los precios”*.

Se hace preciso acudir, en este sentido, al Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas ¹⁵. El art. 3 del mismo establece aquellos **acuerdos verticales** que se consideran **exentos**, entre los que cabe destacar aquellos en los que la **cuota de mercado del fabricante no supere el 30%** del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios. Asimismo, el art. 4 del mismo Reglamento establece una serie de restricciones que se consideran especialmente graves y, por ende, **no se benefician de la exención**. Entre ellas cabe destacar *“la restricción de la facultad del comprador (distribuidor) de determinar el precio de venta”*.

Por otro lado, el **art. 1.1 LDC** se circunscribe en el **mercado nacional** y, en el caso objeto de estudio, los tres administradores lo son de empresas con domicilio social

¹³ DOUE C 101, de 27 de abril de 2004

¹⁴ SEC (2010) 411final

¹⁵ DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010.

en España y una cuota de mercado del 80% en Europa, con lo que el mercado español queda por definición también afectado.

Es decir, **este caso recae simultáneamente bajo la prohibición tanto de la normativa comunitaria como de la normativa nacional** puesto que las empresas no solo fabrican para el mercado nacional y pactan una retribución variable para con sus distribuidores sino que conjuntamente su cuota de mercado en Europa es muy elevada; quedando afectado así el comercio entre Estados miembros de la Unión.

En consonancia con lo anterior, podemos aplicar la **doctrina de la “doble barrera”**, según la que pueden aplicarse a una misma situación de hecho las prohibiciones de la legislación nacional y comunitaria por los respectivos órganos competentes si la situación de hecho de que se trate cae bajo el ámbito de aplicación de ambas normativas, sin que la aplicación de la legislación nacional perjudique la aplicación del Derecho comunitario.¹⁶ Es decir, “permite una aplicación simultánea de los distintos ordenamientos jurídicos por entender que lo contrario supondría desconocer que ambos bloques normativos persiguen finalidades distintas”¹⁷. Es más, esta postura queda instaurada gracias al Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002¹⁸ donde se prevé expresamente en su art. 3 que *“Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado (actual 101.1 TFUE) que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado (actual 101.1 TFUE)”*. Se reconoce pues la **aplicabilidad directa en España de la normativa comunitaria** al señalar a las autoridades nacionales, en nuestro caso la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC, como competentes para aplicar el 101 TFUE. De esta manera, se modifica la versión inicial que contenía la Propuesta de Reglamento donde se excluían los derechos nacionales de competencia cuando un acuerdo podía afectar al comercio entre Estados miembros.

Centrándonos en los **requisitos de las prácticas colusorias**; debe existir, por un lado, un **concierto de voluntades** que afecte o pueda afectar a la actividad de una pluralidad de empresas; y por otro, un **objeto o efecto restrictivo de la competencia** como consecuencia de dicho concierto.

En lo relativo al concierto de voluntades, la colusión se puede considerar como *“acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela”* atendiendo a lo dispuesto en la LDC. En este caso, las reuniones mantenidas entre Miguel F., Carlos. H. y Fernando S. con administradores de empresas de los distintos grupos evidencian la existencia de un cártel dado que a través del mismo coordinan sus comportamientos entre sí, limitando la competencia fijando los precios brutos de los camiones. Esto es lo que se conoce como **entendimiento horizontal** dado que los acuerdos son entre **empresas en el mismo nivel de la cadena de producción**. La propia LDC reconoce en su disposición adicional cuarta, apartado

¹⁶ BERCOVITZ RGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 344.

¹⁷ BROSETA PONT, M; MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 2017, p.170.

¹⁸ DOUE L 001, de 04 de enero 2003

segundo “*se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, (...)*”. Por otro lado, ese concierto de voluntades no se limita únicamente a los administradores sino que **también participan los distribuidores** en las mencionadas reuniones. En este sentido, se puede hablar de **acuerdo vertical**; acuerdos que se celebran **entre empresas situadas en diferentes niveles de la cadena de producción y/o distribución**.

La diferenciación entre acuerdo o práctica concertada es meramente formal; importa pues la coordinación de comportamientos entre competidores de forma consciente. Es decir, solo se puede afirmar que existe una práctica concertada cuando el **comportamiento de las empresas no obedece a más razones que a un entendimiento mutuo** entre ellas. Hay que tener en cuenta que la simple reacción a cambios en el mercado que afectan a todas por igual y, en consecuencia, desencadene respuestas similares no supone la existencia de un entendimiento consciente entre las mismas.

No obstante, y volviendo al caso que nos ocupa, las reuniones celebradas entre administradores y distribuidores están motivadas por la dificultad de mantener las ventas en el mercado debido a la competencia. Resulta contraproducente dicha actuación dado que es precisamente el juego de la libre competencia en el mercado el encargado de expulsar a aquellos que no ofrecen productos acordes a las necesidades existentes. Podemos afirmar por tanto que nos encontramos ante una práctica concertada que explica el comportamiento de las empresas objeto de estudio.

En segundo lugar, el **objeto restrictivo de la competencia** se hace patente en este caso a través de los acuerdos alcanzados en las reuniones. No solo dichos acuerdos tenían por objeto alterar el funcionamiento normal del mercado sino que lo consiguen, como se verá posteriormente. Es **indiferente que se trate de acuerdos horizontales o verticales ya que ambos quedan subsumidos en la prohibición**. Por un lado, el cártel existente entre fabricantes, que al fijar precios brutos de los camiones impiden una participación justa en el mercado por parte de los demás competidores y, por otro, los acuerdos entre fabricantes y distribuidores fijando una retribución variable a estos últimos a cambio de la aceptación de los precios fijados por los primeros. Tanto el art. 101.1 TFUE como el 1.1 LDC contienen un listado de posibles acuerdos entre los que destacan por su aplicabilidad en este caso “*La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*”

Como consecuencia de ello, ambos artículos establecen la nulidad de pleno derecho de los acuerdos mencionados. Ello no obsta a **la imposición de sanciones** por parte de las autoridades administrativas de defensa de la competencia, lo cual nos lleva al siguiente punto.

I.2.2.b. Sobre las infracciones y sanciones.

La comisión de los actos que hemos venido contemplando no está exenta de consecuencias, sino más bien todo lo contrario.

En lo relativo a la calificación de las infracciones por parte de la LDC, es preciso destacar la distinta calificación que se realiza de las **restricciones horizontales y verticales**, ya que las primeras son siempre consideradas **muy graves** mientras que las segundas reciben solamente la calificación de **graves**.¹⁹

El hecho de constituir un cártel de forma continuada puede ser calificado como una infracción muy grave de acuerdo con el art. 62.4 LDC que reza tal como sigue “*Son infracciones muy graves: a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales*”. Por otro lado, los acuerdos entre fabricantes y distribuidores se consideran una restricción de tipo vertical, en consecuencia la calificación es de grave.

Asimismo, no solo se consideran infractores las personas jurídicas sino que también se contempla la responsabilidad de aquellas personas físicas que formen parte del cuadro directivo de la empresa en cuestión.²⁰

Las infracciones mencionadas se sancionan, en el caso de las graves, con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios, mientras que las muy graves con una multa de hasta el 10%.

En España, el organismo encargado a nivel estatal de la aplicación de la LDC es la CNMC que según la Ley Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia²¹ recoge en su art. 1.1 que será el Estado el que se encargue de aplicar la LDC en aquellos procedimientos que versen sobre las conductas recogidas en el art. 1, 6 y 7 de la citada ley cuando alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o el conjunto del mercado nacional.²²

¹⁹ SOTO ALONSO, R. “Derecho de la Competencia” en *Lecciones de Derecho mercantil* (MENENDEZ, A. y ROJO, A. Dir.), op.cit. p. 320.

²⁰ Art. 63.2. LDC: *cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.*

²¹ BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

²² Art. 1.1. LCoordDC: *Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la LDC, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.*

A nivel europeo, el art. 103 TFUE permite al Consejo “*garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 101 y en el artículo 102, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas*”²³ y el Reglamento 1/2003 reconoce en su art. 23.2 **la facultad de la Comisión para imponer multas** a las empresas que infringen las disposiciones del art. 81 (hoy 101 TFUE).

Llegados a este punto, se torna indispensable la **delimitación de las competencias de las Administraciones comunitarias y nacionales** puesto que ambas aplican el Derecho Comunitario de la competencia.

El art. 5 TFUE establece cuáles son las competencias de la Comisión de tal suerte que le permite, sea a instancia de un Estado miembro o de oficio, investigar infracciones del derecho de la competencia así como hacer constar la existencia de las mismas a través de decisiones motivadas. En este sentido, la “Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia”²⁴ nos permite conocer cuándo la Comisión se encuentra mejor situada para conocer determinados asuntos, siendo de especial relevancia para este caso el apartado 14 que establece que ***La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas (...) tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales).***

A la hora de imponer multas, la Comisión no solo busca castigar a las empresas infractoras sino también disuadir a otras empresas de la adopción de conductas contrarias al art. 101 TFUE.

Tal y como establecen las “Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003”²⁵, en adelante Directrices para el cálculo de las multas, “*En primer lugar, la Comisión debe tener en cuenta la duración y la gravedad de la infracción. Además, la multa impuesta no debe superar los límites que se indican en el artículo 23, apartado 2, párrafos segundo y tercero, del Reglamento (CE) no 1/2003.*”²⁶

Como criterios a la hora de fijar el importe de las mismas, las Directrices para el cálculo de las multas establecen: el valor de las ventas y la duración de la infracción dado que es importante que el importe refleje el número de años durante los que las empresas han participado en la infracción (Punto 5 Directrices para el cálculo de las multas).

El valor de las ventas empleado tendrá una relación directa o indirecta con la infracción cometida por las empresas en cuestión y, como regla general, el porcentaje que se aplica a las ventas a tener en cuenta será como máximo de un 30%. A estos efectos, normalmente la Comisión decide en qué lugar de la escala se situará el porcentaje de ventas a tener en cuenta, no obstante, conviene destacar que **los cárteles tienen la consideración de “casos más graves”** y por lo tanto, “*deben ser sancionados*

²³ Art. 103.2 TFUE: *Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto: a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 101 y en el artículo 102, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas.*

²⁴ DOUE 101, 27 de abril de 2004

²⁵ DOUE C 210/2, de 1 de septiembre de 2006

²⁶ Art. 23.2: *Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.*

con severidad” lo que implica que se situarán en el extremo superior de la escala.²⁷ Por otro lado, dicho porcentaje **tendrá en cuenta la duración de la infracción** y, por lo tanto, se multiplicará por el número de años que haya durado la misma. No obstante, y como se ha comentado anteriormente, la multa está limitada al 10% del volumen de negocios anual global de la empresa.

Cuestión interesante respecto a los carteles, dada su magnitud y efecto sobre la economía en general, es la posibilidad de dispensa del pago de la multa. Debido su difícil detección, la Comisión ha ido publicando a lo largo de estos años diversas comunicaciones relativas a lo que se conoce como Política de Clemencia con el objetivo de que a aquellas empresas participantes en un cartel faciliten pruebas de la existencia del mismo y con ello se beneficien de la dispensa total del pago de la multa.

I.2.3. Aplicación al caso concreto.

A tenor de la exposición realizada, en el presente caso nos encontramos con la comisión de prácticas contrarias a la libre competencia.

La fijación de precios y condiciones comerciales en las reuniones mantenidas entre Miguel F., Carlos. H. y Fernando S., junto con los administradores de las filiales de los distintos grupos así como con sus distribuidores se incardinan en el **ámbito del art. 101. 1 TFUE y art. 1.1 LDC** ya que en dichas reuniones el objeto es la restricción de la libre competencia en el mercado a través de un concierto de voluntades, tanto a nivel horizontal como vertical.

Como se ha venido comentando, se aplican así simultáneamente (doctrina de la doble barrera) la normativa comunitaria y nacional dado que las empresas mencionadas ostentan conjuntamente una cuota del mercado europeo muy elevada, de tal suerte que dichos pactos afectan al comercio entre Estados miembros y, por definición, a nuestro mercado.

A nivel horizontal, dado que la cuota es del 80% del mercado europeo **no pueden subsumirse en la categoría de acuerdos de menor importancia** establecida en la “Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*)”²⁸ dado que únicamente podrán ser susceptibles de incardinación en esta categoría aquellos acuerdos

²⁷ Punto 23 Directrices para el cálculo de multas: *Los acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción, que suelen ser secretos, se cuentan, por su propia naturaleza, entre los casos más graves de restricción de la competencia. En el marco de la política de competencia, deben ser sancionados con severidad. Por tanto, la proporción de las ventas considerada para este tipo de infracciones se situará generalmente en el extremo superior de la escala.*

²⁸ DOUE 291/1, de 31 de agosto de 2014.

entre partes cuya cuota de mercado conjunta no exceda del 10% de los mercados de referencia.²⁹

A nivel vertical, aunque pudiera haber duda respecto de los acuerdos con los distribuidores, **no se benefician de la exención** contenida en el art. 101.3 TFUE **dado que la cuota de mercado de los fabricantes es superior al 30%**³⁰ y, las propias “Directrices relativas a las restricciones verticales” consideran que **el mantenimiento de un precio mínimo se presume como restrictivo de la competencia** y es subsumible, en consecuencia, en el art. 101.1 TFUE.

Como consecuencia de la comisión de dicha infracción, tanto la legislación nacional como comunitaria imponen diferentes **multas** en función del grado de calificación de la misma.

En el caso del cártel constituido entre las empresas matrices, la infracción se considera, desde el punto de vista de la LDC, como muy grave y la sanción puede llegar a alcanzar el 10% del volumen de su negocio mientras que los acuerdos celebrados con los distribuidores se consideran como una infracción grave y la sanción puede alcanzar el 5% del volumen de negocio.

No obstante, debido a una cuota de mercado tan elevada por parte de las empresas en cuestión, asumimos que los acuerdos alcanzados afectan a la competencia en más de tres Estados miembros y, en consecuencia, es la **Comisión la mejor posicionada para la imposición de la sanción**³¹. En este sentido, la Comisión calculará el volumen de ventas de las empresas en cuestión, tomará el valor máximo de la escala aplicable, que es un 30% a efectos de imposición de la multa, y la modulará en función del número de años de duración de la infracción.

Además de la imposición de las citadas sanciones, existe **responsabilidad civil** que se materializa en la posibilidad de ejercitar la **acción de daños y perjuicios** en la jurisdicción civil correspondiente por parte de los perjudicados por el ilícito cometido, aunque previamente no exista ningún pronunciamiento por parte de las autoridades de defensa de la competencia. Este será el caso de TRANSLOGIC, S. A., como se verá a continuación.

²⁹ Aptado 8.a) Comunicación de *minimis*: *La Comisión considera que los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, no restringen la competencia (...): a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores)*

³⁰ Art. 3 Directrices relativas a las restricciones verticales: *Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, la exención prevista en el artículo 2 se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 % del mercado de referencia en el que venda los bienes o servicios contractuales.*

³¹ Apartado 14 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia: *La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales).*

I.3.- Derecho a la reclamación de indemnización y vías para su ejecución.

I.3.1. Antecedentes de hecho.

TRANSLOGIC, S. A., empresa dedicada al transporte de mercancías en el norte de España, durante los años referidos ha adquirido camiones de más de 6 toneladas bajo una política de renovación de flota de 5 camiones cada 6 años (estando la flota total constituida por 25 camiones).

En 2015, se produce un cambio de dirección en la empresa derivado de los malos resultados obtenidos en los últimos ejercicios, que supusieron la obtención de pérdidas. Así, Cayetana D., asume el control de la compañía. Al entrar en el cargo, comienza a revisar los distintos contratos de leasing firmados con dos distribuidores, uno de Volvo y uno de IVECO, de quienes adquirirían las cabezas tractoras necesarias para desarrollar la actividad. Tras un exhaustivo análisis concluye que entre los contratos firmados en 1997, 2003 y 2009 con ambos distribuidores no existe casi diferencia entre los precios entre ambos distribuidores para el mismo tipo de cabezas tractoras; si bien, entre los contratos firmados en 1993 y 2014 sí existe una notable diferencia.

I.3.2. Marco legal

I.3.2.a. Los orígenes de la aplicación privada del Derecho *Antitrust*.

Las prácticas constitutivas de infracciones del derecho de la competencia pueden generar perjuicios no solo a nivel general sino también en los patrimonios personales de los afectados, sean consumidores o empresas. No obstante, desde sus orígenes su aplicación fue más bien pública con el objeto de asegurar un correcto funcionamiento de mercado lo cual, en un principio, relegaba a un segundo plano a los jueces y tribunales civiles. Los encargados de aplicar este derecho eran autoridades administrativas encargadas de la imposición de multas. En consecuencia, la aplicación privada, conocida también como *private enforcement*, tenía un papel secundario.

Pese a su orientación claramente pública, nada impedía a los particulares ejercer su derecho al resarcimiento bajo las categorías generales de responsabilidad civil; no obstante, con una efectividad prácticamente nula. Cabe destacar en este sentido la sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd. v. Crehan*³² que reconoce “*como un derecho esencial de los perjudicados por un ilícito anticompetitivo la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos.*” Un derecho que se consolida posteriormente en la sentencia del TJCE de 13 de julio de 2006, caso *Manfredi y otros*³³, que reconoce en su apartado 39 que “*procede recordar que los artículos 81 CE apartado 1, y 82 CE producen efectos directos en las relaciones entre*

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 20 de septiembre de 2001 [TJCE 2001\237]

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 13 de julio de 2006 [TJCE 2006\204]

particulares y crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar”, así como en su apartado 61 que recoge *“cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por el artículo 81”*. Además, esta última sentencia desarrolla el principio de “plena compensación” al reconocer también que las normativas nacionales no podían obstaculizar este resarcimiento efectivo de las víctimas de una conducta *antitrust*.³⁴

Con todo ello, el problema residía fundamentalmente en la disparidad de soluciones que los tribunales nacionales otorgaban tanto en relación con la protección otorgada como las vías procesales para hacerlo efectivo.³⁵

En este sentido, el reconocimiento de la aplicabilidad directa de las normas de competencia de los arts. 81 y 82 TCE – hoy 101 y 102 TFUE – en las relaciones entre particulares en el Reglamento 1/2003, sin necesidad de una decisión administrativa previa, permitió otorgar el merecido protagonismo a los jueces civiles al tener que aplicar las normas de competencia, procediendo por sí mismos a la hora de conocer las acciones de daños y perjuicios basadas en ilícitos *antitrust*.

Asimismo, la Comisión publica en 2005 el *Libro Verde* sobre las acciones indemnizatorias³⁶ donde identifican obstáculos al ejercicio de estas acciones y proponen soluciones, y en 2009, tras recibir comentarios y observaciones, un *Libro Blanco*³⁷ con propuestas de diversa índole orientadas a garantizar el acceso a mecanismos efectivos de resarcimiento patrimonial y que el ejercicio de acciones de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust* no se viera obstaculizado por las normas nacionales, de carácter sustantivo o procedimental.³⁸ Finalmente, las medidas contenidas en *Libro Blanco* cristalizaron en la **Directiva 2014/104/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014³⁹, cuyo propósito tal y como afirma Gascón Inchausti, F. “es dar cobertura a varias de las necesidades de regulación especial que, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, plantea un **ejercicio eficaz de las acciones de daños en este ámbito**; con ello, se aspira también a dar cumplimiento al principio

³⁴ DIEZ ESTELLA, F.; ESTRADA MERAYO, C. “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, en AA VV, *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia* (GUILLEN CARAMES, J. y CUERDO MIR, M. Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 264.

³⁵ HERRERO SUÁREZ, C. “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta De ley de transposición de la directiva” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Universidad Carlos III de Madrid, 2016, Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

³⁶ *Libro Verde de Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, SEC (2005) 1732, 19 de diciembre de 2005.

³⁷ *Libro Blanco de Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2008) 0165, final.

³⁸ HERRERO SUAREZ, C. “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, Wolters Kluwer, 2008, nº3, pp. 103-118.

³⁹ DOUE L 349, de 5 de diciembre 2014

européa de máxima eficacia de la normativa de defensa de la competencia, eficacia a la que puede contribuir claramente un ejercicio efectivo de estas acciones.”⁴⁰

I.3.2.b. Aplicación privada del Derecho de la Competencia en España antes de la Directiva 2014/104/UE.

En España, **antes de la modificación de la LDC**, con la ley 16/1989 **únicamente podían llevarse a cabo acciones de seguimiento** o también conocidas como *follow-on actions*, es decir, para que el perjudicado pudiera reclamar ante la jurisdicción civil el resarcimiento de daños y perjuicios necesitaba una resolución firme en vía administrativa (art. 13). En consecuencia, la dilatación en el tiempo de este tipo de procesos provocaba la renuncia por parte del afectado dado que no lograría la indemnización hasta pasados unos años.

Por otro lado, la anterior ley tampoco reconocía la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de los arts. 1 y 6 de la misma, por lo que su aplicación se circunscribía al ámbito de competencias de los tribunales civiles ordinarios.

La situación cambia **con la entrada en vigor de la actual LDC**. En primer lugar, se elimina el requisito de procedibilidad de tal suerte que los perjudicados dejan de necesitar una resolución firme en vía administrativa para poder ejercitar la acción de daños y perjuicios, pudiendo **acudir directamente a la vía judicial**. De este modo, nada impide ya solicitar el resarcimiento de daños causados por un ilícito *antitrust*, aun cuando la Comisión no haya incoado expediente sancionador o este se encuentre aun en tramitación.⁴¹

En segundo lugar, se reconoce en la Disposición adicional primera que *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente ley*. Por lo tanto, el perjudicado puede **acudir** ahora directamente a **los Juzgados de lo Mercantil** para interponer su demanda en ejercicio de acciones de indemnización por ilícitos concurrenciales.

No obstante, la **LDC anterior** a la **transposición de la Directiva 2014/104/UE** no contenía una regulación destinada al ejercicio de estas acciones. En consecuencia, la **vía para poder reclamar era la responsabilidad extracontractual**. Un caso a destacar aquí es el asunto ACOR. En este caso, el Tribunal Supremo reconoció en su sentencia de 8 de junio de 2012, desestimando el recurso de casación interpuesto por la Cooperativa Agrícola ACOR contra Nestlé y ocho empresas más del sector, que las acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia se incardinan en el

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados d infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición” en *Cuadernos de derecho transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, Vol. 9, Nº. 1, pp. 125-152.

⁴¹ BROSETA PONT, M; MARTINEZ SANZ, F. Manual de Derecho Mercantil, op. cit; p. 192.

ámbito de la responsabilidad extracontractual (FJ 12).⁴² En esta línea, conviene acudir al art. 1902 del Código Civil, en adelante CC, que establece que *el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*. Así, el demandante tiene dos opciones; acudir a los Juzgados de lo Mercantil con la resolución administrativa que declare la ilicitud de la conducta de la parte demandada y ejercitar su derecho al resarcimiento, sin necesidad de probar la existencia de la infracción, lo que se conoce como *follow-on action*; o bien acudir directamente a los tribunales, *stand-alone action*, probando la existencia de la infracción por parte del demandado para el ejercicio de la acción de resarcimiento.

I.3.2.c. Régimen actual de la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España.

Con la **transposición de la Directiva 2014/104/UE** a nuestro ordenamiento a través del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo⁴³; aunque con retraso, la LDC se ve enriquecida por un nuevo título, el VI, que comprende **la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia**. Asimismo, este real decreto también introduce una serie de modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁴, en adelante LEC.

Comenzando por la LDC, el nuevo título supone un avance en el ejercicio de las acciones de resarcimiento por conductas *antitrust*. Este nuevo título abarca, entre otros, las infracciones del derecho de la competencia, el derecho al pleno resarcimiento, la responsabilidad solidaria de los infractores, el plazo de prescripción y la carga de la prueba.

En lo relativo a las **infracciones contempladas para el ejercicio de las acciones de resarcimiento**, atendiendo al art. 71.2.a) LDC se consideran tanto la comisión de las conductas contempladas en los **artículos 101 y 102 TFUE como 1 y 2 LDC**. En consecuencia, queda claro que es **indiferente el mercado afectado** por la conducta en cuestión. El mismo artículo reconoce también como responsables no solo a los infractores sino también a las empresas o personas que controlen la actuación de los mismos. Este puede ser el caso de las matrices y filiales.

A continuación, el **derecho al pleno resarcimiento** en el art. 72 LDC permite devolver al afectado a la situación en la que se habría encontrado de no cometerse el ilícito. Le reconoce su derecho a la indemnización tanto por el daño emergente como por el lucro cesante además de los intereses generados. No obstante, en ningún momento la indemnización concedida podrá suponer una sobrecompensación.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012 de 8 junio de 2012 [RJ 2012/9317]: *La calificación de extracontractual que Acor Sociedad Cooperativa General Agropecuaria aplica a su responsabilidad por el daño que en la sentencia recurrida se declara sufrieron los demandantes, es correcta. Los referidos conciertos ilícitos se reflejaron seguidamente en un incremento del precio del azúcar en los posteriores contratos de compraventa del producto (...) Así pues, a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual - a las que los anglosajones se refieren como " the law of contract " y " the law of torts " -, hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda.*

⁴³ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2017.

⁴⁴ BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000.

“Este carácter puramente indemnizatorio es empleado para justificar la discutida defensa de la repercusión del daño (conocida como *passing on*), conforme a la cual el derecho al **resarcimiento comprende únicamente el sobrecoste pagado** al infractor que sea finalmente efectivamente soportado por el perjudicado, sin incluir la parte que haya repercutido a sus propios compradores”.⁴⁵

Una novedad importante es la introducción de la **responsabilidad solidaria** contenida en el art. 73 LDC. En este sentido, la ley precisa la responsabilidad de forma conjunta y solidaria de **todas aquellas empresas que hayan cometido el ilícito**. A pesar de ello, la Comisión permite a las pymes responder únicamente ante sus propios compradores en los siguientes casos: cuando su cuota de mercado sea inferior al 5% y la aplicación del régimen de responsabilidad solidaria merme su viabilidad económica [art. 73.2. a) y b) LDC], a no ser que fuera ella la instigadora del cartel. Lo mismo ocurre con aquellos que se hayan beneficiado de un programa de clemencia. No obstante, las empresas demandadas tienen derecho a repetir contra los demás infractores según la responsabilidad de cada uno por el perjuicio ocasionado (art. 73.5 LDC).

Cambia también el plazo de prescripción, ya que si bien antes los afectados disponían de 1 año, actualmente disponen de **5 años para exigir el resarcimiento de daños y perjuicios** desde que la infracción haya cesado y conozcan o tengan posibilidad de conocer la conducta e identidad del infractor.

En relación con la carga de la prueba de los daños, corresponde a la parte demandante. Precisamente por ello, y con ánimo de impulsar la estimación de las demandas de daños y perjuicios, la ley establece una **presunción iuris tantum** en su disposición adicional cuarta que establece que **los cárteles causan daños y perjuicios**; también permite la estimación del importe por parte del juez en aquellos casos en los que los daños son excesivamente difíciles de cuantificar (art. 76.2 LDC) y, por último, admite a las autoridades de la competencia españolas aportar informes sobre los criterios de cuantificación de las indemnizaciones a petición del tribunal (art. 76.4 LDC).

Asimismo, el Real Decreto-ley 9/2017 también modifica la LEC en lo que a materia probatoria se refiere. Fundamentalmente, el acceso a las pruebas obtenidas en el correspondiente proceso sancionador, si se ha incoado, esta permitido siempre que sea proporcionado [art. 283 bis a).3 y 283 bis i).a LEC]. No obstante, las declaraciones que se han realizado por parte de una empresa en el marco de un programa de clemencia no podrán ser objeto de exhibición [art.283 bis i).6 LEC]. Busca así el legislador evitar el riesgo de que una empresa participante en un cártel se abstenga de demandarlo por temor a que sus declaraciones sean utilizadas en su contra en un posterior litigio sobre el resarcimiento de los daños causados.⁴⁶

⁴⁵ BROSETA PONT, M; MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, op cit; p. 183.

⁴⁶ BROSETA PONT, M; MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, op cit; p. 198.

I.3.2.d. Modalidades de acción: *stand-alone actions* o acciones independientes y *follow-on actions* o acciones de seguimiento.

A la hora de interponer la demanda por la comisión de un ilícito *antitrust*, TRANSLOGIC, S. A. tiene dos vías: la *stand-alone action* o la *follow-on action*.

La *stand-alone action* es aquella por la cual la pretensión no solo será de **condena** por la comisión del ilícito, con el correspondiente resarcimiento por la vulneración sufrida, sino que también deberá tener por objeto la **declaración de la ilicitud** de la conducta así como su nulidad. En este supuesto, **el demandante no espera a la decisión administrativa previa**, enfrentándose por ello a no pocas dificultades.

Nos encontramos con dos tipos de pretensiones. Por un lado, la pretensión meramente declarativa que supondrá la declaración de nulidad del acuerdo o práctica sobre la base del artículo 101.2 TFUE y 1.2 LDC. De esta manera, “la parte demandante deberá alegar aquellos hechos que constituyan el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide y que establece la conducta prohibida como *causa pretendi* de su pretensión”⁴⁷.

Por otro lado; de forma acumulada, la pretensión de condena sobre la base de la LDC, que reconoce en su art. 72 el derecho a la indemnización tanto por el daño emergente como por el lucro cesante y los intereses generados. En este sentido, los hechos causantes de la nulidad y del perjuicio deben ser los mismos, materializándose así la relación causal existente entre ambas.

El principal problema que suscitan este tipo de acciones es la dificultad de obtener prueba de la existencia de la infracción. Es por ello que, a efectos prácticos, conviene acudir a la *follow-on action*.

La modalidad *follow-on* es aquella por la cual el actor, una vez exista una **resolución administrativa previa** por parte de la autoridad de competencia correspondiente, interpone la **demanda en busca de la obtención del resarcimiento** por el perjuicio sufrido. Esta modalidad es, quizás, mas beneficiosa dado que contando con una resolución administrativa que declare la existencia del ilícito sobre la base del cual quiere reclamar, “**la parte demandante solo tendrá que probar la relación de causalidad entre el ilícito y el perjuicio sufrido**”⁴⁸. Además, el propio tribunal queda vinculado a esa resolución firme previa, tal y como dispone el art. 75 del nuevo título de la LDC⁴⁹.

En consecuencia, cualquier persona física o jurídica, con el objeto de obtener esa resolución administrativa, puede interponer una denuncia ante la Comisión para que ésta

⁴⁷ TORRE SUSTAETA, V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016; p. 191

⁴⁸ TORRE SUSTAETA, V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia*, op.cit. p. 194

⁴⁹ Art. 75 LDC: *En aquellos casos en los que, debido al ejercicio de las acciones de daños por infracción de las normas de la competencia se reclamen daños y perjuicios, se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de una infracción del Derecho de la competencia cuando haya sido declarada en una resolución firme de una autoridad de la competencia u órgano jurisdiccional de cualquier otro Estado miembro, y sin perjuicio de que pueda alegar y probar hechos nuevos de los que no tuvo conocimiento en el procedimiento originario.*

inicie las investigaciones en relación a la infracción del art. 101 TFUE. Para ello, la “Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (hoy 101 y 102 TFUE)”⁵⁰ resulta de gran utilidad. Dicha comunicación establece como una condición para poder interponer la denuncia la acreditación de un interés legítimo (apartado 33). En relación con dicho interés, es el Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión⁵¹ el que establece en su art. 5 que para acreditar dicho interés legítimo la denuncia habrá de contener la información contenida en el formulario C del anexo del reglamento.

I.3.3. Aplicación al caso concreto.

A la luz de la exposición realizada queda esclarecido que **TRANSLOGIC, S. A. tiene derecho a la reclamación de indemnización** por el perjuicio sufrido como consecuencia de la existencia de un cartel.

Asumiendo que dicho **cartel sigue vigente en la actualidad**, puede interponer la demanda siguiendo las dos modalidades comentadas.

Por un lado, puede **acudir a los Juzgados de lo Mercantil con una doble pretensión; declarativa del ilícito *antitrust* y de condena**, según el art. 72 LDC que reconoce el derecho a la indemnización por el daño emergente y lucro cesante, además de los intereses. En este sentido, la empresa se beneficia de la regulación actual dado que si el cartel hubiera finalizado con anterioridad a la transposición de la Directiva 2014/104/UE, la vía para reclamar sería la responsabilidad extracontractual contemplada en el art. 1902 CC y únicamente dispondría de un año para la reclamación. El principal problema de esta vía es la dificultad de la prueba de la existencia de la infracción.

Por otro lado, otra opción es la **denuncia ante la Comisión de la existencia del ilícito** para la obtención de la resolución administrativa que declare su existencia. Obtenida la resolución, dado que la LDC establece una presunción *iuris tantum* conforme los cárteles causan daños y perjuicios, **la parte demandante únicamente deberá probar** ante los Juzgados de lo mercantil al interponer la demanda **la relación de causalidad existente entre el ilícito cometido y el perjuicio sufrido**.

⁵⁰ DOUE C 101 de 27 de abril 2004

⁵¹ DOUE L 123 de 27 de abril de 2004

BLOQUE II. Análisis de la responsabilidad del administrador

II.1.- Introducción.

El análisis de la responsabilidad de Fernando como administrador de FIAT Chrysler España se hará teniendo en cuenta el momento en el que éste lleva acabo la conducta, el año 2014. En consecuencia, aplicaremos la Ley de Sociedades de Capital⁵², en adelante LSC, reformada por la Ley 31/2014⁵³ ilustrativa de grandes cambios en lo que respecta al gobierno de las sociedades mercantiles.

La reforma de la LSC en el año 2014 modifica principalmente el deber de diligencia de los administradores así como el deber de lealtad, cuya mención es primordial antes de la calificación de la conducta llevada a cabo por Fernando.

Por otro lado, el Código Penal aplicable será el previo a la reforma del año 2015.

II.2.- Análisis de la responsabilidad de los administradores.

II.2.1. Antecedentes de hecho.

Fernando S. – director de FIAT Chrysler España – tras haber dedicado más de 20 años de su carrera profesional a la citada compañía en el año 2014 procede a realizar la siguiente operación: como administrador de la sociedad encargado de su contabilidad procede a dar de baja de la contabilidad de la empresa un elemento de inmovilizado material registrado en la cuenta 220 (“*Inversiones en terrenos*”) cuyo valor en contabilidad era de 4.000.000 euros. Dicho importe decide llevarlo a la cuenta 672 (“*Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias*”). El balance de situación de la empresa, junto con los demás documentos que conforman la información contable fueron debidamente aprobados por la Junta General de Accionistas en tiempo y forma.

Por su parte, el terreno al cual hacía referencia dicho asiento contable – consistente en 5 hectáreas en una zona en auge para la promoción inmobiliaria – pasa a formar parte de la contabilidad de la empresa PROINMNOR, SA, dedicada a la promoción inmobiliaria de edificios de oficinas y participada a partes iguales por Fernando S. y su mujer Margarita A.

⁵² BOE núm. 161 de 3 de Julio de 2010

⁵³ BOE núm. 293 de 4 de Diciembre de 2014

II.2.2. Marco legal.

II.2.2.a. Los deberes y la responsabilidad de los administradores.

En primer lugar, conviene definir el **papel del administrador** en las sociedades de capital para dilucidar aquellos deberes que debieran ser inherentes a la naturaleza del cargo. Su principal actuación se concentra en la **gestión y la representación de la sociedad que administra**⁵⁴, en consecuencia, la LSC establece una serie de deberes que fruto de la reforma experimentada por la ley 31/2014 quedan mejor perfilados, tanto en su contenido como su alcance. El propio preámbulo de la citada ley reconoce “*una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés*”.

Sin ánimo de reproducir aquí la extensa reforma practicada, nos centraremos en el contenido de los deberes que a nuestro juicio resulta imprescindible conocer antes de proceder a la calificación de la conducta realizada por Fernando, a saber: el deber de diligencia y el deber de lealtad.

En lo referente al **deber de diligencia**, el art. 225 LSC cambia de título pasando de propugnar el “deber diligente de administración” a reconocer un “deber general de diligencia”. En este sentido, tres son los deberes en los que se divide su contenido. El primero de ellos prescribe el **ejercicio del cargo atendiendo a la naturaleza y las funciones** que se le atribuyen. Es decir, se asume la posibilidad de diferente alcance del deber en función del grado de participación en la administración de la empresa.

El segundo apartado del mismo artículo, establece las notas características que deberían presidir la actuación del administrador, concretamente “**dedicación adecuada**” y “**medidas para la buena dirección y control de la sociedad**”. En consecuencia, podría hablarse aquí de un requisito de carácter subjetivo en el administrador⁵⁵ dado que únicamente podrá afrontar de manera adecuada el cargo y las responsabilidades que conlleva cuando recaiga en él la capacitación técnica requerida para el puesto. Asimismo, no solo debe estar dotado de las competencias necesarias para el desarrollo del cargo, sino que debe velar por la correcta gestión de la empresa y realizar las funciones de control pertinentes, sin perjuicio de las responsabilidades en las que pueda incurrir (236 LSC).

Por último, el tercer apartado establece el **derecho del administrador de obtener la información necesaria** para el desempeño de su cargo. Podemos considerar que “el acceso a la información tiene un indudable alcance material. Los administradores tienen el deber y el derecho de pedir, recibir y acceder a la

⁵⁴ Art. 209 LSC: *Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.*

⁵⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad.” En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 901.

documentación, datos y hechos que están relacionados con la actividad de la sociedad para poder ejercer correctamente su cargo y sus funciones”⁵⁶.

En lo referente al **deber de lealtad**, la reforma delimita con gran precisión el mismo estableciendo en el art. 227 LSC una lealtad “*de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*”. Como se observa, tres son las apreciaciones relativas al concepto: la lealtad debe ser la correspondiente a la de un **fiel representante**; debe estar presidida por la **buena fe**, si bien es cierto que debería presumirse la misma en tanto en cuanto una actuación leal presupone su existencia y, por último, **en beneficio de la sociedad**. “Atender a la defensa de ese interés de la sociedad es la función esencial que debe respetar todo administrador. Al subrayar que el cargo debe desempeñarse en el mejor interés de la sociedad se está subrayando un elemento de calidad. No vale cualquier atención sino la que de acuerdo con las particulares circunstancias de cada acuerdo o decisión reclama ese ejercicio leal como vía para la más efectiva tutela del mismo. Estamos ante una **primacía absoluta para todo administrador. Debe atender al interés social e ignorar cualquier otro**.”⁵⁷

Como consecuencia de ese deber de lealtad, no son pocas las **obligaciones** que corresponden al administrador de la sociedad, las cuales se encuentran enumeradas en el art. 228 LSC. No obstante, dicho artículo no es limitativo de tal suerte que “será supuesto de infracción cualquier conducta desleal que se pueda incluir en la cláusula general aunque no se encuentre recogida en ninguno de los concretos supuestos que propone el art. 228 LSC. Se logra así evitar la parcialidad de la norma en la toma de decisiones y la apropiación de recursos que corresponden a los socios a través de la sociedad”.⁵⁸

En este sentido, y por su aplicación al caso en relación con la conducta de Fernando, nos centraremos en la primera y última de las obligaciones que prescribe el citado artículo. La primera de ellas hace referencia a ***no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas***. Implica dicha afirmación que el administrador no puede priorizar sus propios intereses en perjuicio de la sociedad aprovechándose de las facultades que ostenta. En ese caso, “el administrador deja de actuar como un fiel representante que ha de perseguir el mejor interés de la sociedad para perseguir fines ajenos al interés social. El administrador no puede disponer de bienes de la sociedad para fines que no contribuyen a la consecución del fin social”.⁵⁹

Por ende, queda claro el **incumplimiento de Fernando** de sus deberes como administrador, dado que **antepone sus intereses personales al interés de la sociedad** que administra aprovechando la disponibilidad de un terreno sin edificar para darlo de

⁵⁶ URÍA MENENDEZ, *Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil.*, Abril 2015. Visto en http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679 [última consulta 03/06/2018]

⁵⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. op.cit, p. 903.

⁵⁸ DÍAZ MORENO, A., VAZQUEZ CUETO, J. *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 26.

⁵⁹ ROJO, A; BELTRÁN, E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.38-39.

alta en la contabilidad de una empresa de promoción inmobiliaria de la que él mismo participa. Lo cual nos lleva indubitablemente a la última de las obligaciones

El art. 228.e) LSC prescribe *evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*. Esta obligación debe ponerse en relación con el art. 229 de la misma ley dado que es en este artículo donde encuentra su desarrollo.

El art. 229 LSC establece una serie de supuestos en los que el administrador debe **evitar situaciones de conflicto de interés**. Cabe destacar en este caso la contemplada en el apartado c; contiene la prohibición del uso por parte del administrador de los activos sociales de la empresa con fines privados. “Se busca así evitar que el administrador haga uso de los activos de la sociedad con un interés personal lo cual supone una actuación cercana a lo que sería la apropiación indebida”.⁶⁰

En lo relativo a la **responsabilidad**, la LSC contempla en el apartado segundo del art. 227 la **devolución del enriquecimiento injusto** derivado de la infracción del deber de lealtad.⁶¹ Asimismo, el art. 236 LSC prescribe la existencia de **responsabilidad de los administradores** en el momento en que causen daños por actos que sean contrarios a la ley o los estatutos o incumpliendo los deberes asociados al cargo, asumiendo como “ley” cualquier norma legal imperativa.⁶² Además, el mismo artículo en su segundo apartado **no exime de responsabilidad** al administrador a pesar de que el **acto lesivo haya sido autorizado por la junta general**.⁶³

En este sentido, la sociedad puede optar a reintegrar el patrimonio a través del ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto contra el administrador.⁶⁴ Así lo expresa la SAP de Barcelona del 19 de enero de 2018⁶⁵ “*Los deberes de diligencia y de lealtad del administrador son deberes frente a la sociedad. De tal suerte, el incumplimiento de los deberes de diligencia y de lealtad (y el deber de evitar situaciones de conflicto es una manifestación expresa de éste) legitimará a la sociedad (pero no directamente a los socios o a los acreedores) para exigir responsabilidad al administrador (acción social de responsabilidad) o/y, cuando el incumplimiento lo sea del deber de lealtad, entablar la acción de enriquecimiento injusto, como estipula*

⁶⁰ DIAZ MORENO, A., VAZQUEZ CUETO, J. *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*. op.cit, p. 34.

⁶¹ Art. 227.2 LSC: *La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador*.

⁶² BROSETA PONT, M; MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, op cit; p. 501.

⁶³ Art. 236.2 LSC: *En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*.

⁶⁴ CRUZ RIVERO, D. “La administración”, en AA VV, *Lecciones de derecho mercantil*, (JIMENEZ SANCHEZ,G; DIAZ MORENO, A. Dir.),Tecnos, Madrid, 2017, pp. 279-280.

⁶⁵ Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 25/2018 de 19 de enero. [JUR 2018\38134]

expresamente la vigente redacción del art. 227.2 LSC”; todo ello sin perjuicio de la facultad de la sociedad para cesar al administrador.⁶⁶

II.2.2.b. Responsabilidad penal. El delito de falseamiento de cuentas y apropiación indebida.

En lo relativo a la responsabilidad penal, dado que la actuación de Fernando es en 2014, es aplicable la legislación vigente en dicho momento, esto es el Código Penal previo a la reforma del 2015.

En consecuencia, en el presente caso nos encontramos con una conducta subsumible en el delito de **falseamiento de cuentas previsto en el art. 290 CP**. Asimismo, nos hallamos ante **un concurso medial** de este delito con el de **apropiación indebida regulado en el art. 252 CP**, si bien es cierto que en relación con el segundo existen diversas posturas cuando se trata de conductas de apropiación perpetradas en el ámbito societario; siendo complicado deslindar esta figura de la administración desleal en determinados supuestos.

El **delito de falseamiento de cuentas** viene recogido en el art. 290 CP que reza como sigue *“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”*

El **bien jurídico protegido** es objeto de diversas posturas doctrinales. Algunos autores sostienen que no es más que el patrimonio de la sociedad, de los socios o de terceros, en contraposición a otros que defienden que se trata del deber de información que se configura extrapenalmente. No obstante, Martínez-Buján defiende una figura pluriofensiva de naturaleza mixta (delito de dominio e infracción del deber) que protege **tanto el patrimonio de la sociedad, socios o terceros como la funcionalidad del propio documento** de la sociedad en las relaciones jurídicas⁶⁷. Esta última postura es la que mantiene el Tribunal Supremo. Ya en la STS de 29 de julio de 2002 (caso Banesto)⁶⁸ afirmó que *“El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba (...). Por ello creemos que la intervención del*

⁶⁶ Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 25/2018 de 19 de enero de 2018 [JUR 2018\38134]: *Además, la infracción del deber de lealtad legitima a la sociedad para el ejercicio de las acciones de cesación y remoción, en tanto que son acciones de cumplimiento e incumplimiento de los deberes que pesan sobre los administradores en virtud del contrato de administración que les vincula con la sociedad y cuyo reconocimiento legal expreso contiene el vigente art. 232 LSC que, bajo la rúbrica acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad, dispone: El ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad.*

⁶⁷ LAUNA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria. Art. 290 del código penal” en *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*. Visto en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20LAUNA%20ORIOLO%20CARMEN.pdf?idFile=841cdddf-cde4-4e49-a75e-92a715db6deb [Última consulta 04/06/2018]

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 julio. [RJ\2002\6357]

derecho penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados”.

Con mayor claridad todavía se pronuncia en la STS de 10 de diciembre de 2004⁶⁹ al afirmar que *“en los delitos societarios que atentan contra el orden socioeconómico y en definitiva contra la obligación de que las actividades societarias que tanto repercuten sobre la vida económica de un país, reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados... los bienes jurídicos protegidos, son fundamentalmente el orden socioeconómico y la claridad de las cuentas sociales, pero no se puede olvidar que, como elemento complementario del tipo, se exige, además, la causación de un perjuicio a la sociedad o a los socios.”*

El **sujeto activo** viene precisado en el propio artículo al mencionar a los **administradores de hecho o de derecho** de una sociedad constituida o en formación. En consecuencia, es un delito especial propio. Así lo recoge la STS de 17 de junio de 2.009⁷⁰ afirmando que *“La condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido (...) lo que exige considerar que, en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege. En este sentido la STS. 552/2005 de 9.5, recuerda que el tipo del art. 290 CP es un delito especial realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad”*. En este caso, Fernando cumple con la condición de sujeto activo dado que es el administrador de la sociedad encargado de llevar la contabilidad de la misma.

Por otro lado, el **sujeto pasivo es la propia sociedad, así como los socios y terceros**; entendiendo por éstos últimos a aquellos que tengan alguna relación jurídica o económica con la sociedad entre los que se pueden incluir trabajadores, acreedores, proveedores, clientes y administraciones públicas.⁷¹

Analizando la **conducta** descrita en el precepto, conviene detenerse en tres cuestiones: la acción de **falsear**, el **objeto** sobre el que recae el delito y el potencial **perjuicio** que puede ocasionar.

En primer lugar, el TS se ha pronunciado a la hora de dilucidar exactamente el **término falsear** afirmando en la STS de 19 de marzo de 2013⁷² *“La jurisprudencia de esta Sala ha precisado que el tipo previsto en el art. 290 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) encierra una modalidad falsaria. De hecho, hemos llegado a afirmar que aquel precepto encierra de forma específica “... una modalidad delictiva falsaria”,*

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1256/2004 de 10 diciembre. [RJ\2005\1084]

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, sección 1ª) núm. 625/2009 de 17 junio. [RJ\2009\5973]

⁷¹ LAUNA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria. Art. 290 del código penal” En *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*. Visto en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20LAUNA%20ORIOLO%20CARMEN.pdf?idFile=841cdddf-cde4-4e49-a75e-92a715db6deb [Última consulta 04/06/2018]

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 259/2013 de 19 de marzo. [RJ\2013\3508]

*que consiste en **alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad.** (...) Y es que aunque el legislador resultó condescendiente con las falsedades ideológicas en términos generales, al mismo tiempo, a lo largo de numerosos artículos del Código Penal, introduce figuras concretas de falsedades ideológicas que por su especial relevancia con bienes jurídicos especialmente protegidos son elevadas de manera específica a la categoría de delitos. Esto sucede, entre otros casos, en los delitos societarios en relación con la obligación de que las actividades societarias, que tanto repercuten sobre la vida económica de un país, reflejen de manera fiel la realidad de sus verdaderos contenidos y resultados. **Por esta razón, faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290 del CP (STS 1256/2004, 10 de diciembre [RJ 2005, 1084]).***”

En cuanto al **objeto** sobre el que recae el delito, el propio art. 290 CP establece expresamente “*las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad*”. En este sentido, la STS de 7 de noviembre de 2003⁷³ afirma claramente que “*El objeto material sobre el que debe recaer este delito (...) se determina en la definición legal con un «numerus apertus» en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, la que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán (...) **los libros de contabilidad**, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado.*” Y así lo afirma de nuevo la STS de 13 de enero de 2010⁷⁴.

Finalmente, la exigencia de **idoneidad para ocasionar un perjuicio económico** configura este tipo delictivo como un tipo de aptitud o peligro en el que basta la mera aptitud en abstracto de la conducta para lesionar el patrimonio; de producirse, el tipo básico se impone en su mitad superior.⁷⁵ “*El elemento objetivo del tipo delictivo exige que la **falta de verdad de los documentos que reflejen la situación económica de la entidad sea idónea para causar perjuicio.** No es necesario que el perjuicio llegue a producirse. De ocurrir, sería aplicable el subtipo agravado del párrafo segundo*”⁷⁶.

Asimismo este tipo delictivo implica una **conducta dolosa** por parte del autor y así lo establece el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2006⁷⁷ al afirmar “*El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o*

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1458/2003 de 7 de noviembre. [RJ\2003\7661]

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio. [RJ\2010\7340]

⁷⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. : “Delitos societarios”, en AA VV, *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)* (QUINTERO OLIVARES, G; Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 430.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 355/2012 de 4 de mayo. [RJ\2012\5989]

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 796/2006 de 14 julio. [RJ\2006\6088]

rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuridicidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento.” En lo relativo al dolo eventual, nuestro Tribunal Supremo lo rechaza.⁷⁸

A tenor de la exposición realizada, resulta indiscutible la incardinación de la conducta de **Fernando** en el delito de falseamiento de cuentas contemplado en el art. 290 CP dado que concurren en él todos los requisitos esgrimidos; **es administrador** de derecho de la empresa, cuenta con las **facultades de dominio** requeridas sobre los activos patrimoniales y, con **ánimo de apropiarse** del terreno que da de baja en la contabilidad, **falsea** la misma realizando un asiento contable que no se corresponde con la realidad, dando de baja el terreno contra la cuenta 672 (*“Pérdidas procedentes de inversiones inmobiliarias”*) eliminándolo así del activo de la empresa que administra para darlo de alta en otra de su propiedad; todo ello con independencia de que la Junta General aprobara dichas cuentas.

Como consecuencia, comete **el delito de apropiación indebida** establecido en el art. 252 CP que reza como sigue: *Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.*

Este delito **se diferencia de la estafa** en que en ésta la **posesión es ilícita desde un primer momento** valiéndose el sujeto del engaño para obtenerla mientras que en la apropiación indebida, a través del abuso de confianza, el sujeto se apropia indebidamente de la cosa cuya posesión era lícita inicialmente. Es decir, “la ilicitud en la apropiación indebida no es inicial sino que surge en una segunda etapa marcada por la ruptura de confianza con el acto de apoderamiento”.⁷⁹ Asimismo, el delito de apropiación indebida **tampoco se puede confundir con el de hurto** en el que la **cosa no es poseída inicialmente** a diferencia de en la apropiación, en la que el sujeto posee esa cosa en virtud de un título que le habilita para ello. Es decir, “la única diferencia estriba en la tipicidad ya que la cosa debe tenerse en virtud de alguno de los títulos del art. 252 CP”.⁸⁰

Serías dudas plantea la **diferenciación respecto de la administración desleal** ya que ambas figuras delictivas han planteado **sendos debates**. Han existido distintos criterios de diferenciación como el concurso de delitos (de naturaleza medial) entre ambos, el concurso de normas a resolver por el principio de alternatividad o de

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 696/2012 de 26 septiembre [RJ\2012\9453]: *FJ 5º. El delito se comete en el párrafo 1º, cuando se falsean las cuentas “de forma idónea” para causar “un perjuicio económico”; no parece que esta frase permita excluir el dolo de perjudicar que caracteriza este delito y que deberá ser probado y directo, no eventual.*

⁷⁹ JUANATEY DORADO, D; ANARTE BORRALLA, E. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Apropiación indebida”, en AA VV, *Derecho penal. Parte especial. Vol. II.* (BOIX REIG, J. Dir.). Iustel, Madrid, 2012, p.269.

⁸⁰ ROCA AGAPITO, L.: “Apropiación indebida”, en AA VV, *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)* (QUINTERO OLIVARES, G; Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 310.

especialidad⁸¹ o la actuación del administrador fuera o dentro de sus competencias de tal modo que si se extralimita –exceso extensivo– estamos ante la apropiación indebida y si no se extralimita –exceso intensivo– estamos ante la administración desleal.

Compartimos la opinión de Conde-Pumpido al afirmar que verdaderamente la **diferencia entre la apropiación indebida y la administración desleal estriba en la menor entidad de las conductas incluidas en este último** dado que “en este se incluyen actuaciones abusivas y desleales que abusan del patrimonio social de una sociedad de una forma desleal pero sin apropiación definitiva de los bienes de la sociedad mientras que en el delito de apropiación indebida se incluyen supuestos de apropiación genuina con *animus rem sibi habendi* y los de distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad”⁸². Es más, no tendría sentido la diferencia punitiva entre ambos delitos si castigaran el mismo tipo de comportamientos de ahí que en la apropiación indebida la pena sea superior dado que el despojamiento patrimonial es definitivo.⁸³

“Los tribunales ha tratado de **evitar**, en la medida de lo posible, que resultara **beneficiado quien con la ejecución de una conducta que se ajustaba a los elementos del tipo de apropiación indebida**, aun ostentando el rango de administrador al que se refería de forma expresa el delito del artículo 295, **pudiera resultar beneficiado** precisamente por una característica que debía constituir un factor agravatorio frente al infractor común”⁸⁴

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de marzo de 2014⁸⁵ al afirmar que “*en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP. Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida los supuestos de apropiación genuina con "animus rem sibi habendi" y la distracción de dinero con*

⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (sección 1ª) núm. 23/2014 de 10 octubre. [JUR]2014/299274]

⁸² CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal”, en *Diario La Ley*, N° 8350, 2014.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 165/2016, de 2 de marzo. [JUR 2016/61605]: *el art. 295 en lugar de solventar una laguna legal en el ámbito societario estaría atenuando el tipo penal de la apropiación indebida clásica cuando la disposición definitiva del dinero en beneficio propio se produce en un marco societario. Esta opción hermenéutica ha de rechazarse, pues el objetivo del legislador fue punir la conducta de los administradores que, no pretendiendo quedarse definitivamente con un dinero que no les pertenece, realizaban conductas abusivas que claramente ocasionaban un menoscabo o perjuicio al patrimonio de la sociedad.*

⁸⁴ CASTELLÓ NICOLÁS, N. “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos? en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19 de junio de 2017.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 206/2014 de 3 de marzo. [RJ]2014/2104]

pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometen en el ámbito societario, por su administrador."

Calificado como delito de apropiación indebida, dado que en este caso se trata de un **bien inmueble** cabe preguntarnos si éste podría ser incluido en la expresión **activo patrimonial** recogida en el tipo delictivo. A pesar de que existen diversas posturas, nos inclinamos a pensar que sí.

El Plan General Contable define la cuenta 220 en la que se encuentra registrado el bien inmueble del caso que nos atañe *"como inmuebles que se tienen para obtener rentas, plusvalías o ambas"*⁸⁶ formando parte del Grupo 2 Inmovilizado en el que se *"integran los activos "estructurales" de la empresa"*⁸⁷ y el propio Tribunal Supremo reconoce en su sentencia de 28 de junio de 2005⁸⁸ *"la expresión «activo patrimonial», en donde con facilidad puede subsumirse esta propiedad inmobiliaria"* y, con mayor precisión, en la sentencia de 28 de octubre de 2005⁸⁹ afirmando *"el art. 252, cuando nos define el delito de apropiación indebida, al concretar el objeto material sobre el que esta infracción penal puede recaer, aparte del concepto «valores», ha añadido otro nuevo —«activo patrimonial»— a los que figuraban en el art. 535 CP (RCL 1973, 2255) anterior, cuando, al final de esa breve relación de objetos termina diciendo: «o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial». Contrapone así este último concepto («activo patrimonial») al de «cualquier otra cosa mueble», con lo cual como ha dicho algún autor al comentar esta norma penal, tendremos que acostumbrarnos, por extraño que pudiera parecer, a casos en los que este delito, siempre referido a bienes muebles, pueda cometerse respecto de inmuebles.*

Sin ánimo de realizar una extensa descripción en cuanto al análisis del precepto que hemos venido comentando, el **bien jurídico protegido** se entiende que es la propiedad; el **objeto** sobre el que recae es el activo patrimonial, en este caso un terreno; el **sujeto activo** es aquel que haya recibido la cosa en virtud de uno de los títulos establecidos en el propio artículo, en este caso administración, por tanto nos encontramos ante un **delito especial**, y el sujeto pasivo es aquel facultado para reivindicar la cosa, en este caso la sociedad FIAT Chrysler España. Es importante señalar que el sujeto haya recibido la cosa previamente de tal suerte que la apropiación de la misma supone el abuso de la confianza depositada en él. Asimismo, la **conducta** en este caso es de apropiación ya que Fernando incorpora el terreno a su propio patrimonio de forma definitiva. Cabe añadir que este tipo delictivo implica una **conducta dolosa** por parte del sujeto activo.

Asimismo, **su calificación en la actualidad** implicaría la incardinación en el delito del **art. 252 CP como administración desleal** dado que con la **reforma del CP** "las intenciones del legislador se orientan en orden a extraer del campo de la apropiación indebida las actuaciones del administrador anteriormente castigadas como

⁸⁶ Visto en https://www.plangeneralcontable.com/?tit=220-inversiones-en-terrenos-y-bienes-naturales&name=GeTia&lastCtg=ctg_42&contentId=pgc_220 [última consulta 06/06/2018]

⁸⁷ Visto en https://www.plangeneralcontable.com/?tit=listado-de-contenidos&name=GeTia&contentId=mod_list&lastCtg=ctg_28&contGroupId=ctg_28 [última consulta 06/06/2018]

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 954/2005 de 28 de junio. [RJ 2005\9307]

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1210/2005 de 28 de octubre. [RJ 2005\8168]

tales, esto es, las del **administrador fraudulento, que se incorporaran al nuevo art. 252**⁹⁰. Ello no plantea dudas respecto de la retroactividad dado que las penas en ambos casos son las mismas.

II.2.3. Aplicación al caso concreto.

En el presente caso nos encontramos ante la falsificación de la contabilidad de la empresa por parte de Fernando, el administrador de la misma, lo cual supone, por un lado, una infracción del deber de lealtad establecido en el art. 227 LSC y, por otro, la existencia de un **concurso medial entre el delito de falseamiento de cuentas previsto en el art. 290 CP y el delito de apropiación indebida del art. 252 CP** puesto que, a través de la manipulación de las cuentas de la empresa, Fernando se apropia con carácter definitivo de un activo patrimonial que incorpora al patrimonio de PROINMOR, SA, empresa en la que participa.

A pesar de su condición de administrador, ello **no implica su subsunción automática en el delito de administración desleal** previsto en 2014 puesto que quedarían exentas así todas las apropiaciones indebidas con carácter definitivo perpetradas en el ámbito societario. Por ello, nos inclinamos a su incardinación en el delito de pena superior puesto que sino **la diferencia punitiva resultaría ilógica si ambos preceptos castigan el mismo comportamiento diferenciando únicamente el ámbito de actuación.**

En relación con las consecuencias jurídicas, **Fernando es responsable** frente a la sociedad, socios y terceros del daño causado por su acto a pesar de que la alteración de la contabilidad fuera autorizada por la Junta General (art. 236. 1 y 2 LSC) **y la sociedad FIAT Chrysler España dispone de la acción de enriquecimiento injusto** prevista en el art. 227.2 de la LSC así como de **la acción de cesación** y anulación del acto efectuado por Fernando en violación de su deber de lealtad (art. 232 LSC).

⁹⁰ CASTELLÓ NICOLÁS, N. “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos? en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19 de junio de 2017. p. 25.

BLOQUE III. Análisis de los contratos de *Lease-back*

III.1.- Introducción.

La necesidad de liquidez por parte de las empresas sin alterar la solvencia ha sido la principal causa por la que el contrato de arrendamiento financiero de retorno, también conocido como *lease-back*, goza en la actualidad de gran protagonismo en nuestra economía dado que permite a los operadores económicos seguir utilizando los inmuebles que les pertenecen obteniendo una inyección de dinero instantánea, ya sea para financiar deuda o incluso para crecer.

No obstante, al tratarse de una figura atípica no está exenta de debates en torno a su naturaleza jurídica y, en consecuencia, el régimen aplicable a la misma. De ahí que ha sido, en la gran mayoría de las ocasiones, el Tribunal Supremo el encargado de solventar esta cuestión, como se verá a continuación.

III.2.- Análisis del régimen jurídico de los contratos de *lease-back*.

III.2.1. Antecedentes de hecho.

La nueva dirección encabezada por Cayetana, decide celebrar un contrato de *lease-back* con SEUDBANK, S. A., una empresa de arrendamiento financiera inscrita como tal en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y, en cuyo objeto social, figura la celebración de contratos de leasing.

Para ello, el 1 de septiembre de 2015, celebran dos contratos. En virtud del primero de ellos, TRANSLOGIC, S. A., vende a SEUDBANK, S. A. una nave industrial situada en A Coruña, utilizada hasta dicho momento para la actividad económica que la empresa venía desarrollando. La cantidad obtenida por TRANSLOGIC, S. A. por la compraventa se dedica al pago de deudas pendientes.

El segundo de ellos, consiste en un arrendamiento financiero con opción de compra con una duración de 120 meses. Además, cuenta con una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas que permite a la entidad financiera exigir el importe de todos los recibos impagados vencidos y por vencer.

Durante los primeros meses, TRANSLOGIC, S. A. paga en tiempo y forma las cuotas establecidas. Sin embargo, tras hacer efectivas las 15 primeras cuotas, deja de cumplir su obligación. Ante esta situación, SEUDBANK, S. A. instó procedimiento ejecutivo sobre el que recayó sentencia el 20 de diciembre de 2017 pero no consta que en dicho pleito se hiciera efectiva la deuda.

Por su parte, pasado un tiempo y habiéndose recuperado de su mala racha, TRANSLOGIC, S. A. se plantea emprender acciones legales contra SEUDBANK, S. A.

para declarar el contrato de arrendamiento financiero nulo por aplicación de la ley de usura ya que solo fue aceptado por lo angustioso de la situación y entre sus cláusulas se encontraba un interés de demora del 2% mensual.

III.2.2. Marco legal.

III.2.2.a. Concepto de *lease-back* y características.

Antes de definir el contrato de arrendamiento financiero de retorno se hace necesario acudir a aquel del que trae causa, el *leasing*. Este último es un contrato derivado de modelos norteamericanos conocido en España como contrato de arrendamiento financiero. Su regulación legal se encuentra en la DA 1ª de la LVPMB⁹¹, DA 3ª Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito⁹² y art. 106 y DT 4ª, 29ª y 30ª de la Ley 27/2014⁹³, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre sociedades, en adelante LIS.⁹⁴

Una definición bastante precisa del mismo es la contenida en la DA 3ª de la ley 10/2014 que establece “*tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario*”.

En consecuencia, a la hora de definir el *lease-back* es preciso establecer las diferencias con el *leasing*. El ***lease-back* es un contrato mercantil atípico** caracterizado, al igual que el *leasing*, en la cesión del uso de un bien por una entidad de arrendamiento financiero a cambio de una renta periódica con opción de compra al final en favor del usuario pero el objeto de cesión es adquirido por la entidad de arrendamiento financiero al arrendatario en lugar de a un tercer proveedor como ocurre en el *leasing*, es decir, **proveedor y arrendatario coinciden**.⁹⁵

En este sentido, podemos hablar de **dos contratos de carácter bilateral** realizados por los mismos sujetos funcionalmente relacionados entre sí; **el contrato de compraventa y el de *lease-back***. “A través de la perfección del contrato de compraventa se satisface el interés del arrendatario financiero de obtener financiación de la enajenación del bien pero conservando su posesión y la posibilidad de recuperar su propiedad y, son recíprocamente dependientes, ya que el usuario del bien lo vende para que le sea cedido en *lease-back* por el comprador y este lo adquiere para cederlo en

⁹¹ BOE núm. 167 de 14 de Julio de 1998

⁹² BOE núm. 156, de 27 de junio de 2014

⁹³ BOE núm. 288 de 28 de Noviembre de 2014

⁹⁴ PULIDO BEGINES, J. “Arrendamientos mercantiles”, en AA VV, *Lecciones de derecho mercantil*, (JIMENEZ SANCHEZ, G; DIAZ MORENO, A. Dir.) op.cit., pp. 601.

⁹⁵ GARCIA SOLE, F.: “Problemática actual del leasing inmobiliario” en *Jornadas sobre productos financieros actuales*, Madrid, 1994, p. 37.

lease-back al vendedor pero conservan suficiente autonomía como para que el *lease-back* pueda contemplarse independientemente de la venta”⁹⁶

Como requisitos para la formalización de ambos contratos, la entidad financiera debe revestir la forma de sociedad anónima y hacer constar junto a su razón social la expresión sociedad de arrendamiento financiera y ostentar como objeto social la realización de este tipo de contratos.

En lo relativo a las características del *lease-back*, presenta una duración mínima de 2 años para bienes muebles y 10 para bienes inmuebles. El **objeto sobre el que recae debe quedar afectado de forma exclusiva a las explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales** que tenga el usuario.

En el contrato, las cuotas, tal y como establece la LIS, deben aparecer expresadas diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por ella, que tiene la consideración de gasto deducible⁹⁷.

En cuanto a su **finalidad**, principalmente suele ser la **obtención de liquidez** pero **conservando la posesión del bien** sin tener que solicitar un crédito de tal suerte que el empresario puede continuar con su actividad dedicando los beneficios que obtiene al pago de las cuotas. En este sentido se expresa Pacheco Cañete afirmando con gran acierto que “el *lease-back*, como instrumento de liquidez, puede ser muy útil para aquellas empresas que se encuentran en una situación económica difícil (...) permite obtener el 100% del valor de mercado del bien”.⁹⁸

III.2.2.b. La nulidad del *lease-back* y la aplicación de la Ley de la Usura.

En el presente caso, TRANSLOGIC, S. A. plantea la aplicación de la Ley de la Usura al contrato firmado con SEUDBANK, S. A. en orden a declararlo nulo lo cual implica plantearnos cuál es la **naturaleza jurídica** del contrato de *lease-back* para determinar el régimen jurídico aplicable al mismo y la posible aplicación o no de la citada ley.

En torno a esta figura se han formulado **dos corrientes**, por un lado que se trata de una **modalidad autónoma, lícita y admisible** siempre que cumpla con los requisitos establecidos para dicha operación (DA 7ª Ley 10/2014) y respete el art. 1255 CC y, por otro, que se trata de una **venta en garantía** de tal manera que la transmisión de la propiedad es un medio para obtener financiación y la operación en sí constituye un instrumento de garantía de la financiación lograda (préstamo con garantía real).⁹⁹

En relación con la segunda de las posturas, interpreta que en realidad las partes celebran un contrato de préstamo de tal manera que la sociedad de *leasing* presta dinero al arrendatario a cambio de su restitución, por lo tanto, la compraventa que celebran

⁹⁶ PACHECO CAÑETE, M. “*El contrato de lease-back*”, Marcial Pons, Madrid, 2004, p.20

⁹⁷ Art. 106.3 LIS

⁹⁸ PACHECO CAÑETE, M. “*El contrato de lease-back*”, op.cit., p.23

⁹⁹ LLORENTE SAN SEGUNDO, I; “El contrato de Sale and Lease Back”, en AA VV, *Contratos mercantiles* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Dir), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 1408.

tiene fines de garantía porque verdaderamente la transmisión de la propiedad persigue únicamente la devolución del precio dado por la venta. En este sentido, la compraventa tiene una finalidad atípica, tiene una función de garantía. Como consecuencia de ello, vulnera la prohibición del pacto comisorio por el cual es nulo todo acuerdo por el que el titular de la garantía real se apropie definitivamente del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada mediante el, aunque se trate de fórmulas encubiertas y no las garantías reales típicas del CC.

Afirma el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de febrero de 2005¹⁰⁰ que *“ha tenido ocasión en sus sentencias de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082) y 17 de julio de 2001 (RJ 2001, 6860) de establecer las diferencias existentes entre el leasing y el préstamo de dinero, afirmando que la primera de dichas figuras trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa, pero que por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el tantumdem.”*

Por otro lado, la **primera de las posturas** aboga por la existencia del contrato de leasing como un **contrato autónomo**. Partiendo de la STS de 17 de marzo de 1998¹⁰¹ se afirma que *“el contrato de arrendamiento financiero, no puede ser calificado de préstamo, pues tiene **causa distinta**, está **reconocido legalmente**, y se recurre a él por **razones de financiación y también por razones fiscales**. Aunque vaya precedido de una compraventa del inmueble por el que luego será arrendador financiero, no cabe equiparlo a las ventas con pacto de retro, también lícitas pero próximas, en ocasiones, a los préstamos encubiertos y con la garantía de la finca, y hasta puede decirse que es una simple figura del «*constitutum possessorium*», conocido ya en el derecho romano, y según el cual un poseedor propietario, pasa a ser poseedor por distinto título, como puede ser y aquí es, de arrendatario, además de aspirante a propietario por pago de mensualidades y el precio de residuo. Por todo ello, si no hay préstamo, si no hay negocio que encubra préstamo ni abuso de situación angustiosa, el motivo deber ser rechazado (la aplicación de la ley de la usura), en cuanto pretende la nulidad de los contratos.”*

Cabe decir que esta sentencia “ha abierto paso a resoluciones judiciales que acogen el mismo planteamiento con una nota común, la consideración de la validez de este contrato al amparo del **principio de libertad contractual declarado en el art. 1255 CC** siempre que haya mediado una verdadera compra de la entidad financiera de arrendamiento con la consiguiente tradición simbólica de *solo consensu*”¹⁰²

Son varios los argumentos a favor de la autonomía del *lease-back*. En primer lugar, la inexistencia de un tercer proveedor no implica que cambie su naturaleza admitiéndose la **bilateralidad como una característica específica del lease-back** ya que la entidad de *leasing* anticipa una cantidad de dinero equivalente al valor del bien al

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 39/2005 de 10 febrero. [RJ\2005\1405]

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 207/1998 de 17 marzo. [RJ 1998\1351]

¹⁰² LLORENTE SAN SEGUNDO, I; “El contrato de Sale and Lease Back”, en AA VV, *Contratos mercantiles* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Dir), op. cit. p. 1416.

usuario (contrato de compraventa) y cede en uso ese mismo bien al vendedor con opción de compra al término del contrato (contrato de *lease-back*). Por lo tanto, se cumplen las previsiones legales que establecen que la ejecución del contrato tendrá lugar a través de la adquisición del bien por el usuario con la finalidad de cedérselo en *leasing* sin imponer la adquisición a un tercero.¹⁰³

En segundo lugar, la finalidad del *lease-back* no es más que la obtención de liquidez por parte del usuario que recibe directamente el valor del inmueble que vende a la sociedad de leasing.

Por lo tanto, admitida la licitud del *lease-back* como un contrato autónomo es **imprescindible en cada caso dilucidar la naturaleza del contrato** como un *lease-back* o como un negocio simulado que no es más que un préstamo con garantía. Al carecer de una legislación específica, esta figura se ha **regulado jurisprudencialmente** de tal suerte que el Tribunal Supremo se ha ido pronunciado a lo largo del tiempo definiendo su naturaleza jurídica. En este sentido, cabe analizar la STS de 2 de febrero de 2006¹⁰⁴ que lleva a cabo una gran labor de calificación de este tipo de contratos estableciendo **los elementos necesarios que los diferencian** de otros tipos contractuales.

La citada sentencia consagra la autonomía del contrato de arrendamiento financiero de retorno interpretando que a pesar de la falta de la intervención de un tercero, como ocurre en el *leasing*, el *lease-back* “**mantiene las características y la finalidad económico-social propia del contrato de arrendamiento financiero o leasing, con su peculiar estructura causal y su autonomía contractual frente al préstamo puro, en el caso de que se mantengan los rasgos teleológicos fundamentales que caracterizan a esta figura para lo cual es menester tener en cuenta determinados elementos, cuya concurrencia o no determinan que pueda sostenerse la existencia de un contrato de leasing o, por el contrario, conducir a la conclusión de que se trata de un negocio de fiducia**”.

Entre los **elementos** que ha analizado se encuentran; la ***naturaleza del arrendador financiero como empresa dedicada habitualmente a la concertación de contratos de esta naturaleza***, en nuestro caso SEUDBANK, S. A., inscrita como tal en el Registro de Sociedades de arrendamiento financiero del Banco de España y en cuyo objeto social figura la celebración de contratos de *leasing*; en segundo lugar, la ***naturaleza del arrendatario como persona jurídica dedicada a la realización de actividades mercantiles***, en este caso TRANSLOGIC, S. A., sociedad que utiliza la nave que vende para llevar a cabo la actividad económica de la empresa; en tercer lugar, la ***naturaleza del inmueble objeto del contrato como apto para la realización de las actividades económicas de la empresa***, quedando afectado en este caso al ejercicio de la actividad del arrendatario; en cuarto lugar, ***la existencia de una compraventa previa ligada al arrendamiento financiero para una efectiva transmisión de la propiedad al arrendador***, materializándose en este caso en la venta de la Nave sita en A Coruña el 1 de septiembre de 2015; en quinto lugar, ***las circunstancias del contrato reveladoras de la voluntad de las partes de procurar al arrendatario financiero la continuación del***

¹⁰³ LLORENTE SAN SEGUNDO, I; “El contrato de Sale and Lease Back”, en AA VV, *Contratos mercantiles* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Dir), op. cit. p. 1418.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 10/2006 de 2 febrero. [RJ2006\494]

uso del bien objeto del contrato en condiciones favorables desde un punto de vista fiscal o mercantil (...) de tal manera que esta finalidad presente un papel preponderante, en este caso, el contrato fue firmado dado que TRANSLOGIC, S. A. necesitaba liquidez para pagar deudas pendientes sin tener que desprenderse de la nave en la que venía realizando su actividad; en sexto lugar, una **duración razonable del contrato en atención a su finalidad**, duración que fue respetada firmándose el contrato por el plazo mínimo establecido en la LIS, 120 meses; en séptimo lugar, *el equilibrio de las prestaciones en función de (...) los tipos de interés habituales en operaciones de arrendamiento financiero similares y la posible situación de dificultad de la empresa*, siendo el tipo de interés de demora fijado en un 2% y teniendo en cuenta que la Resolución de 29 de junio de 2015, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera fijaba los tipos de interés de demora en el segundo semestre de 2015 en un 8,05% no parece ilógico afirmar que el tipo pactado no era usurario¹⁰⁵ y tampoco TRANSLOGIC acredita de ninguna manera la situación angustiosa; para finalizar, en octavo lugar, **el reconocimiento de una opción de compra a favor del arrendatario**, requisito que se cumple ya que se reconoce en el contrato firmado entre ambas entidades.

Asimismo, esta resolución afirma que dicho contrato es autónomo al amparo del art. 1255 CC estableciendo que “(El) reconocimiento se efectúa partiendo del **principio de autonomía de la voluntad reflejado en el artículo 1255 CC** para dar contenido a las nuevas figuras contractuales surgidas en el ámbito de los usos mercantiles propios de la sociedad contemporánea y que, extraños algunos de ellos a nuestra tradición jurídica, no por ello deben ser rechazados en un sistema que admite, dentro de los límites imperativamente impuestos por la ley, la **libre configuración del contenido de las obligaciones**”.

Por lo tanto, habiendo analizado todos los elementos del contrato de *lease-back* existen suficientes razones por las que entender que **los contratos asumidos por TRANSLOGIC, S. A. se pueden calificar** como constitutivos de un contrato de arrendamiento financiero de retorno o *lease-back*, tampoco el tipo de interés de demora puede ser considerado como usurario, por lo tanto, no consideramos que sean nulos y no resulta aplicable la Ley de la Usura.

III.2.2.c. Acciones legales de SEUDBANK, SA.

En primer lugar se debe tener en cuenta que SEUDBANK, S. A. instó juicio ejecutivo en el que recayó sentencia el día 20 de diciembre de 2017 pero en dicho procedimiento “no consta que se hiciera efectiva la deuda”.

Partiendo de esta premisa, existen **dos opciones sobre la base del art. 1124 CC**¹⁰⁶, el **cumplimiento o la resolución**. Asimismo, el perjudicado puede optar a pedir la resolución aun cuando haya intentado el cumplimiento si éste resultó imposible. Así

¹⁰⁵ PEREZ-CARBALLO VEIGA, J. *La gestión financiera de la empresa*, ESIC, Madrid, 2015, p. 405: El tipo de interés de demora para operaciones comerciales es el aplicado entre empresas y particulares como penalización en la mora comercial.

¹⁰⁶ *El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

lo afirma el Tribunal Supremo, “*aun cuando, según la jurisprudencia, son compatibles, de forma subsidiaria las peticiones de resolución y de cumplimiento iniciado un proceso pretendiendo el cumplimiento, la jurisprudencia exige que no podrá iniciarse un litigio en que se pretenda la resolución del contrato si aquel no se termina y no se demuestra, si ha recaído sentencia firme, que el cumplimiento por el que se optó en un principio ha devenido imposible*”¹⁰⁷

En este sentido, no resulta acreditada la imposibilidad del cobro de la deuda por parte de SEUDBANK, S. A. en el procedimiento ejecutivo con lo cual no puede optar a la resolución del contrato hasta demostrar la misma.

Dado que ha pasado un año sin cumplir TRANSLOGIC, S. A. con el pago de la deuda, en caso de que ésta emprendiera acciones legales intentando declarar la nulidad del contrato, la **parte demandada**, a través de **contestación**, deberá esgrimir aquellos argumentos por los cuales **el contrato no es nulo** y, antes de optar por la resolución, deberá solicitar que se despache la ejecución identificando la sentencia pendiente cuya ejecución pretende (art. 549.2 LEC). Así lo afirma la STS del 2 de febrero de 2006, “*la falta de constancia de que se hiciera efectiva la deuda no equivale a la prueba exigida por la jurisprudencia de la imposibilidad de cumplimiento de la misma mediante la ejecución de la sentencia firme recaída*”. En caso de que resultara imposible, es cuando SEUDBANK, S. A. podría instar la resolución del contrato.

III.2.2.d. Órganos jurisdiccionales.

Tal y como afirma la SAP de Barcelona de 30 de junio de 2000¹⁰⁸, “*es reiterada y notoriamente conocida doctrina del TS la de que la interpretación (y calificación), de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser respetado en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, absurdo o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual*” (STS de 1 de febrero de 1999¹⁰⁹). En consecuencia, a la hora de interponer la demanda TRANSLOGIC, S. A. deberá interponerla ante el Juzgado de Primera Instancia de A Coruña.

III.2.3. Aplicación al caso concreto.

A tenor de la exposición realizada y, sin ánimo de resultar redundantes, queda esclarecida la **naturaleza** del contrato entre SEUDBANK, S. A. y TRANSLOGIC, S. A. como un **contrato de lease-back** a la luz de los elementos contemplados. El arrendamiento celebrado con posterioridad a la compraventa cumple con los requisitos del *leasing* siendo el arrendador una sociedad dedicada en exclusiva a la concertación de este tipo de contratos y el arrendatario una persona jurídica dedicada al ejercicio de actividades mercantiles, incluyendo también una opción de compra en favor de este último. Cumplidos estos requisitos, nos encontramos ante una clase de *leasing* a pesar

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 10/2006 de 2 febrero. [RJ\2006\494]

¹⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 30 junio. [JUR 2000\305444].

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 46/1999 de 1 de febrero. [RJ 1999\524]

de la ausencia del tercer proveedor. En consecuencia, **no podemos afirmar la nulidad** del contrato sobre la base de la aplicación de la Ley de la Usura dado que se trata de un contrato autónomo y no es susceptible de ser incardinado en el ámbito de la citada ley.

En segundo lugar, en caso de emprender acciones legales, **TRANSLOGIC, S.A.** debería plantear la demanda ante el **Juzgado de Primera Instancia de A coruña** (Art. 52.1.7º LEC¹¹⁰).

Finalizando, en caso de que ésta lleve a cabo acciones legales con objeto de declarar la nulidad del contrato, **SEUDBANK, S. A.** puede **contestar** a la demanda afirmando la validez del mismo así como solicitando la **ejecución de la sentencia recaída en el juicio ejecutivo**. En caso de que resulte imposible, podría optar por la resolución del contrato tal y como se contempla en el art. 1124 CC exigiendo no solo la resolución sino también el importe de todos los recibos impagados vencidos y por vencer así como los intereses de demora.

¹¹⁰ Art. 52.1.7º LEC: *En los juicios sobre arrendamientos de inmuebles y en los de desahucio, será competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca.*

BLOQUE IV. CONCLUSIONES

I

Las reuniones celebradas entre los tres administradores de las empresas matrices, Miguel F., Carlos. H. y Fernando S., – MAN España, Daimler España y FIAT Chrysler España, respectivamente – junto con los administradores de las filiales de los distintos grupos así como con los distribuidores son incardinables en los supuestos de hecho recogidos en el art. 101. 1 TFUE y el art. 1.1 LDC dado que el objetivo de las mismas es la restricción de la libre competencia en el mercado a través de un concierto de voluntades fijando los precios brutos de los camiones y las condiciones respecto de los distribuidores. En consecuencia, al ostentar conjuntamente una cuota del mercado europeo cercana al 80%, es indudable la afectación del comercio entre Estados miembros de la Unión y, por definición, del mercado nacional, de ahí su incardinación en ambas normativas.

De esta manera, podemos hablar de la existencia de un cártel que supone un entendimiento de tipo horizontal mientras que, por otro lado, los acuerdos con los distribuidores suponen un entendimiento de tipo vertical, no pudiendo éstos ser subsumidos en la exención prevista en el art. 101. 3 TFUE dado que la cuota de mercado de los fabricantes es superior al 30% del mercado de referencia.

Como resultado, las infracciones comentadas implican la imposición de multas por parte de la Comisión, dado que al afectar al comercio en más de tres Estados miembros, la “Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia” considera que es la mejor situada para ello.

Asimismo, existe responsabilidad civil que se materializa en la posibilidad de ejercitar la acción de daños y perjuicios. Los perjudicados tienen derecho a la obtención de una indemnización por el perjuicio sufrido sobre la base del art. 72 de la actual LDC. En consecuencia, TRANSLOGIC, S. A. puede obtener la indemnización a través de dos vías. Interponiendo la demanda ante el Juzgado de lo Mercantil con una doble pretensión: declarativa y de condena; acción conocida como *stand-alone action* o acción independiente. En segundo lugar, otra opción es la denuncia ante la Comisión de la existencia del cártel y, una vez obtenida la resolución administrativa que declara su existencia, interponer la demanda probando únicamente la relación causal entre el ilícito cometido y el perjuicio sufrido, acción conocida como *follow-on action* o acción de seguimiento.

II

La actuación llevada a cabo por Fernando como administrador de la empresa FIAT Chrysler España supone la infracción del deber de lealtad contemplado en el art. 227 LSC. Asimismo, la falsificación de la contabilidad dando de baja un activo de la empresa para darlo de alta en la contabilidad de PROINMOR, S. A., de la que el mismo participa, implica un concurso medial entre el delito de falseamiento de cuentas del art. 290 CP y de apropiación indebida del art. 252 CP. A través de la manipulación de los libros de contabilidad, resulta indiscutible la apropiación con carácter definitivo del activo, consistente en un terreno sin edificar, aprovechando la disponibilidad del mismo para incorporarlo a la segunda empresa, cuyo objeto social es la promoción inmobiliaria de edificios de oficinas. Aunque podría parecer posible la incardinación en el delito de administración desleal, sin perjuicio de los debates en torno a la diferenciación de ambos delitos, nos inclinamos por el delito de apropiación indebida, sobre la base de la diferencia punitiva y el carácter definitivo de la apropiación.

Asimismo, Fernando debe responder ante la sociedad, los socios y terceros del daño causado. En este sentido, la sociedad FIAT Chrysler España puede ejercer la acción de enriquecimiento injusto prevista en el art. 227.2 LSC además de la acción de cesación prevista en el art. 232 LSC.

III

Cierto es que la necesidad agudiza el ingenio y, en casos de crisis económica, más si cabe. Es por ello que las empresas se enfrentan a no pocos retos, entre ellos, las necesidades de financiación. Ha sido esta necesidad primordial la que ha originado el nacimiento de nuevas figuras contractuales, como la del presente caso. No podemos negar la naturaleza del contrato firmado entre SEUDBANK y TRANSLOGIC como un contrato de *lease-back*, o también, arrendamiento financiero de retorno.

Esta figura contractual no goza de regulación específica por lo que se hace necesario acudir a la jurisprudencia. Analizados los elementos definidos por el Tribunal Supremo como delimitadores de esta figura, podemos afirmar su incardinación en todos y cada uno de ellos ergo se trata de un contrato autónomo, lícito y admisible sobre la base del principio de libertad contractual reflejado en el art. 1255 CC de tal suerte que no es posible su consideración como nulo sobre la base de la Ley de la Usura.

Por otro lado, si TRANSLOGIC decide emprender acciones legales, la demanda deberá ser planteada ante el Juzgado de Primera Instancia dado que el Tribunal Supremo establece la facultad de los juzgadores de instancia para interpretar y calificar contratos y; en segundo lugar, al basarse en el arrendamiento de un bien inmueble, el juzgado correspondiente es el de A coruña puesto que es donde se encuentra la nave, tal y como establece el art. 52.1.7º LEC.

Para finalizar, frente a una posible demanda, SEUDBANK dispone de dos opciones. En primer lugar, ante la existencia de una sentencia firme recaída en juicio ejecutivo en el que no consta que la deuda se hiciera efectiva, podrá contestar a la demanda afirmando la validez del contrato y solicitando la ejecución de la sentencia pendiente de ejecutar y; en segundo lugar, en caso de imposibilidad acreditada, podrá optar por la resolución del contrato sobre la base del art. 1124 CC.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- BROSETA PONT, M; MARTINEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2017.
- CASTELLÓ NICOLÁS, N. “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos? en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19 de junio de 2017.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Observatorio de Derecho penal económico 2014 de la cátedra de investigación financiera y forense universidad rey Juan Carlos-KPMG. El nuevo artículo 252 del Anteproyecto de Código Penal: una nueva versión de la apropiación indebida y de la administración desleal”, en *Diario La Ley*, Nº 8350, 2014.
- CRUZ RIVERO, D. “La administración”, en AA VV, *Lecciones de derecho mercantil*, (JIMENEZ SANCHEZ, G; DIAZ MORENO, A. Dir.), Tecnos, Madrid, 2017.
- DIAZ MORENO, A., VAZQUEZ CUETO, J. *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- DIEZ ESTELLA, F.; ESTRADA MERAYO, C. “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, en AA VV, *Estudios sobre la potestad sancionadora en derecho de la competencia* (GUILLEN CARAMES, J. y CUERDO MIR, M. Dir.). Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GARCIA SOLE, F.: “Problemática actual del leasing inmobiliario” en *Jornadas sobre productos financieros actuales*, Madrid, 1994, p. 37.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición.” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, Vol. 9, Nº. 1, pp. 125-152.
- HERRERO SUAREZ, C.,
- “La aplicación privada del Derecho de la Competencia Europeo: El libro Blanco en materia de Acciones de Daños y Perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de Defensa de la Competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, Wolters Kluwer, 2008, nº3, pp. 103-118.

- “La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, Vol. 8, Nº 1, pp. 150-183.

HONNEFELDER, S; SILVESTRI, S; “La política de competencia” en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, 02/2018.

JUANATEY DORADO, D; ANARTE BORRALLA, E. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Apropiación indebida”, en AA VV, *Derecho penal. Parte especial. Vol. II.* (BOIX REIG, J. Dir), Iustel, Madrid, 2012

LAUNA ORIOL, C. “Falsedad documental societaria. Art. 290 del código penal” en *Delitos societarios. El delito de la administración desleal*. Visto en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20LAUNA%20ORIOL%20CARMEN.pdf?idFile=841cdddf-cde4-4e49-a75e-92a715db6deb [Última consulta 04/06/2018]

LLORENTE SAN SEGUNDO, I; “El contrato de Sale and Lease Back”, en AA VV, *Contratos mercantiles* (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. Dir), Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ORTIZ BLANCO, L., MAÍLLO GLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A.: *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, 2008.

PACHECO CAÑETE, M. “*El contrato de lease-back*”, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PEREZ-CARBALLO VEIGA, J. *La gestión financiera de la empresa*, ESIC, Madrid, 2015.

PLAN GENERAL CONTABLE:

- https://www.plangeneralcontable.com/?tit=220-inversiones-en-terrenos-y-bienes-naturales&name=GeTia&lastCtg=ctg_42&contentId=pgc_220 [Última consulta 06/06/2018]
- https://www.plangeneralcontable.com/?tit=listado-de-contenidos&name=GeTia&contentId=mod_list&lastCtg=ctg_28&contGroupId=ctg_28 [Última consulta 06/06/2018]

PULIDO BEGINES, J. “Arrendamientos mercantiles”, en AA VV, *Lecciones de derecho mercantil*, (JIMENEZ SANCHEZ, G; DIAZ MORENO, A. Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

ROCA AGAPITO, L.: “Apropiación indebida”, en AA VV, *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*, (QUINTERO OLIVARES, G; Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROJO, A; BELTRÁN, E. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “La reforma de los deberes de los administradores y su responsabilidad.” en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SOTO ALONSO, R. “Derecho de la Competencia”, en AA VV, *Lecciones de Derecho mercantil*, (MENENDEZ, A. y ROJO, A. Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

TORRE SUSTAETA, V. *Daños y perjuicios por infracción de las normas de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

URIA MENENDEZ, *Guía Práctica sobre deberes y régimen de responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil.*, abril 2015. Visto en http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4558/documento/guia_UM.pdf?id=5679 [Última consulta 03/06/2018]

VILLACAMPA ESTIARTE, C: “Delitos societarios”, en AA VV, *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)* (QUINTERO OLIVARES, G; Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

NORMATIVA

Constitución Española 1978

Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado

Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003

Directrices relativas a las restricciones verticales

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002

Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas

Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno) de 20 de septiembre de 2001. [TJCE 2001\237]

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), de 13 de julio de 2006. [TJCE 2006\204]

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 julio 2012. [TJCE 2012\186]

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 30 junio 2000. [JUR\2000\305444].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (sección 1ª) núm. 23/2014 de 10 octubre. [JUR\2014\299274]

Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) núm. 25/2018 de 19 de enero. [JUR 2018\38134]

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 88/1986 de 1 julio. [RTC 1986\88]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 207/1998 de 17 marzo. [RJ 1998\1351]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 46/1999 de 1 de febrero. [RJ 1999\524]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 julio. [RJ\2002\6357]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm.1458/2003 de 7 de noviembre. [RJ\2003\7661]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1256/2004 de 10 diciembre. [RJ\2005\1084]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 39/2005 de 10 febrero. [RJ\2005\1405]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 954/2005 de 28 de junio. [RJ 2005\9307]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1210/2005 de 28 de octubre. [RJ 2005\8168]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 10/2006 de 2 febrero. [RJ\2006\494]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 796/2006 de 14 julio. [RJ\2006\6088]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, sección 1ª) núm. 625/2009 de 17 junio. [RJ\2009\5973]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 655/2010 de 13 julio. [RJ\2010\7340]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 355/2012 de 4 de mayo. [RJ\2012\5989]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 344/2012 de 8 junio. [RJ 2012\9317]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 696/2012 de 26 septiembre. [RJ\2012\9453]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 259/2013 de 19 de marzo. [RJ\2013\3508]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 206/2014 de 3 de marzo. [RJ\2014\2104]

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) núm. 165/2016, de 2 de marzo. [JUR 2016/61605]